UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI EN DROIT MÉDICAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 8 mars 1963
par

Janine AMBIALET

MEMBRES DU JURY

Président : M. DE JUGLART, professeur

Suffragants : M. DESBOIS, professeur
M. RAYNAUD, professeur

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1964

RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI EN DROIT MÉDICAL

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI EN DROIT MÉDICAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 8 mars 1963

par

Janine AMBIALET

MEMBRES DU JURY

Président : M. DE JUGLART, professeur

Suffragants : M. DESBOIS, professeur
M. RAYNAUD, professeur

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1964

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs

INTRODUCTION

I. — TRANSFORMATION DE LA PROFESSION MEDICALE A L'EPOQUE CONTEMPORAINE : DE « L'ARTISANAT A L'ASSOCIATION »

La médecine du XX^e^ siècle, plus particulièrement de la deuxième moitié du XX^e^ siècle, se différencie de celle qui l'a précédée et donc engendrée, autant par son organisation et son esprit même, que par ses thérapeutiques et les résultats qui en découlent. De nos jours, en effet, le malade ne fait plus appel au médecin-prêtre, au thaumaturge, comme il l'aurait fait dans l'Antiquité, ni au pittoresque empirique à chapeau pointu raillé par Molière. Il a même de moins en moins recours et, à certains égards d'aucuns pourront le juger regrettable, au sage et bon médecin de famille. Il fait appel à la « médecine de groupe ». Et si, par hasard, ce malade contemporain n'a pas conscience du quasi monopole exercé par cette nouvelle forme de la pratique médicale, si donc ce n'est pas vers elle qu'il se tourne, elle lui est imposée malgré ses hésitations, voire malgré sa répugnance.

En quoi consiste-t-elle et que signifie ce terme un peu inquiétant et abstrait de « médecine de groupe » volontiers adopté par le corps médical ? Il est préférable de laisser s'expliquer sur ce point l'un de ses membres, le docteur Escoffier-Lambiotte (1) : « ... (La médecine de groupe) apporte aux uns comme aux autres (médecins et malades) le bénéfice d'un meilleur équipement, d'une concentration géographique des moyens de diagnostic ou de soins, surtout d'une collaboration fructueuse entre les spécialistes et les médecins.

« Cabinet de groupe, hôpital rural, polyclinique, médecine préventive ou centres hospitalo-universitaires représentent autant de tentatives pour dégager la médecine de sa structure artisanale et l'adapter à cette « médecine collective » que postule le droit à la santé. »

Ainsi la « médecine de groupe », visage actuel et plus encore futur

---

(1) *Le Monde*, 28 mars 1962 : Au colloque de Royaumont, « Evolution et perspectives de la médecine dans la Nation ».

de l'art médical, se définit en deux termes : concentration des moyens techniques et collaboration des connaissances scientifiques.

Les facteurs qui ont présidé à la transformation continue de l'exercice de la médecine, qui l'ont conduit de « l'artisanat à l'association » (2) ont été divers et il faut le reconnaître, assez impératifs. Tout d'abord l'évolution même des techniques médicales n'y a pas été étrangère. En effet, il n'y a pas d'acte chirurgical, il n'y a presque pas d'acte médical qui ne soit précédé d'investigations de toutes sortes, radiologiques ou de laboratoire. Il n'y a pas d'acte chirurgical, il y a peu d'actes médicaux qui puissent être exécutés par un praticien isolé sans l'assistance soit de spécialistes comme l'anesthésiste-réanimateur, soit de personnel auxiliaire comme les infirmières. Enfin, il n'y a pas d'acte chirurgical, il y a peu d'actes médicaux qui ne nécessitent postérieurement à leur accomplissement le concours des professionnels qui ont pour tâche de guider l'ancien malade vers le retour progressif à une vie normale.

Aussi ces exigences techniques ont-elles contraint les médecins, soit en raison du coût trop élevé de leur réalisation, soit en raison de leur nature même, à s'adjoindre un personnel privé et surtout à se mettre en rapports constants avec un centre de soins qui met à leur disposition, matériel perfectionné et personnel compétent. L'image exprimée par MM. Savatier, Auby et Péquignot (3) est très exacte : « c'est alors une sorte d'usine qui fonctionne autour du malade avec toute son équipe humaine comme avec tout son équipement ».

Un autre facteur accélère cette tendance déjà inéluctable sur le plan technique, c'est la notion sociale de « droit à la santé » à laquelle le docteur Escoffier-Lambiotte fait allusion dans le propos que nous avons rapporté sur les avantages de la médecine de groupe (4). Donnons encore la parole à ce médecin : « L'évolution sociale tout entière dominée du point de vue médical par la notion du « droit à la santé » s'est effectuée elle aussi très rapidement dans le sens d'une disparition de la « charité », de l'« assistance » médicale auxquelles se substitue la prise en charge des soins par des organismes collectifs.

« L'apparition de ces organismes (collectifs) payeurs implique à la fois... « la condamnation de l'entente directe » et le contrôle de la qualité des soins et des dépenses effectuées. Complications techniques et administratives, extension de l'assurance maladie... isolement du praticien dans une société chaque jour plus organisée, exigent que la conception même de la pratique journalière soit entièrement repensée pour l'adapter aux conditions nouvelles, scientifiques et sociales de son exercice. » (5)

Cette préoccupation est partagée par le législateur puisqu'une telle

---

(2) *Le Monde*, 28 mars 1962, V. note 1.
(3) Savatier, Auby et Péquignot : *Traité de Droit Médical*, 1956, p. 22, § 10.
(4) V. p. 9.
(5) V. note 1.

adaptation est déjà partiellement réalisée et se trouve en voie perpétuelle de perfectionnement. En effet, sur le plan de la prévention des maladies comme sur le plan de leur guérison, se multiplient les organismes collectifs gratuits. Par ailleurs, en dehors même de toute idée de gratuité, se fait jour une nouvelle conception de la médecine de clientèle pratiquée par les médecins des hôpitaux publics puisque désormais (6) ceux-ci ne pourront se livrer à une certaine activité privée que dans le cadre de l'hôpital.

Ainsi, petit à petit, « l'artisanat » médical fait place sous des impulsions variées, mais convergentes, à « l'entreprise » médicale sans qu'à priori ce terme ait rien de péjoratif (7).

***

Une telle évolution, toute progressive qu'elle soit, bouleverse et bouleversera, profondément, les données des problèmes médicaux tant d'ordre psychologique, scientifique que juridique. Nous ne nous pencherons ici que sur ces derniers et nous ne retiendrons parmi eux que celui de la *responsabilité* qui nous paraît marqué au plus haut point sur les plans technique et humain par cette nouvelle optique de l'exercice de la médecine.

En effet, lorsqu'un praticien se charge seul d'essayer de guérir un malade qui s'est confié à lui, il répond, comme tout individu qui agit, du tort qu'il a causé lui-même et lui seul, au malade par sa faute consciente ou non. Lorsque ce même praticien se fait assister d'un personnel auxiliaire, lorsqu'il fait concourir à sa tâche des confrères spécialistes et lorsque ce personnel ou ces confrères commettent des fautes préjudiciables au malade, qui donc sera déclaré responsable ? Sera-ce chacun pour l'erreur qu'il a faite ? Sera-ce aussi le praticien qui a pris l'initiative de l'acte médical, simplement parce qu'il a pris cette initiative ? Sera-ce éventuellement l'employeur du personnel mis à la disposition de ce praticien ? Autant de questions angoissantes pour la victime, angoissantes pour les éventuels responsables et dont les réponses sont complexes.

Par ailleurs, l'exercice d'une médecine toujours plus diversifiée et toujours plus technique postule un tel rassemblement de gros capitaux que les médecins se voient contraints à faire appel à des personnes étran-

---

(6) Décret n° 60-1030 du 24 sept. 1960 portant statut du personnel enseignant et hospitalier des centres hospitaliers et universitaires (*J.O.* du 28 sept. 1960, p. 8803) modifié par décret n° 62398 du 7 avril 1962 (*J.O.* 12 avril 1962, p. 3779) — Décret n° 61946 du 24 août 1961 (*J.O.* du 26 août 1961, p. 8027) (*Bul. lég.*, Dalloz 1961, p. 584) relatif au recrutement, à la nomination et au statut des praticiens exerçant à plein temps dans les hôpitaux publics autres que ceux situés dans une ville, siège de faculté ou école nationale de médecine et autres que les hôpitaux ruraux.

(7) Cf. *Revue de Droit Social*, sept.-oct. 1962 : « Transformations des structures de la profession médicale » ; numéro spécial préparé sous la direction de M. Jean Savatier.

gères au monde médical pour qu'elles apportent à leurs « entreprises » des fonds et, parfois, des talents d'organisateurs et d'administrateurs.

Lorsqu'un dommage sera causé par une activité médicale ainsi financée et dirigée, pourront-ils, ces profanes, être poursuivis comme responsables d'un tel dommage, alors que leur ignorance de l'art médical les empêche de le concevoir et de le prévenir ?

Enfin, nous l'avons vu, le secteur public de la médecine s'étend tous les jours davantage. Que devient, dans ce cadre, la responsabilité du médecin collaborateur ou plutôt exécutant du service public de santé ? Subsiste-t-elle dans l'intégrité de ses caractères spécifiques ou se dilue-t-elle dans celle de ce service régi par les règles du droit public ? Qui, d'autre part, de l'Administration ou du praticien répondra des fautes du personnel auxiliaire formé aussi bien par les assistants, les internes les externes que par les simples infirmiers ?

Là encore les réponses ne sont pas et ne peuvent être catégoriques. Elles sont intéressantes à examiner dans leurs nuances.

Aussi, nous aimerions, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, répondre à toutes ces questions qui ont trait à l'existence, à la nature et au régime de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui. Nous pensons que ce type de responsabilité est intéressant à examiner à deux titres :

A titre juridique, en ce que cet aspect de la responsabilité est une illustration du principe général de la responsabilité du fait d'autrui, principe unanimement admis, mais qui, parfois à certaines époques et sous un certain angle, a perdu de sa netteté dans l'esprit des juristes.

A titre humain, en ce que cette responsabilité — comme toute responsabilité pour autrui mais avec plus d'acuité, peut-être, sur le plan médical où la moindre faute entraîne des drames — peut frapper, si elle est mal conçue, des personnes moralement irresponsables et les frapper dans leur honneur professionnel en même temps que dans leur patrimoine.

***

Avant d'aborder l'étude détaillée de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui — étude que nous envisageons successivement dans les secteurs privé et public de la médecine — nous croyons souhaitable, dans ce chapitre introductif, de jeter un regard sur les principes généraux qui gouvernent la matière, principes qui se révèleront souvent d'une application pratique délicate, étant donné la complexité des rapports juridiques nés de l'exercice de l'art médical.

II. — LA PROFESSION MEDICALE ET LES REGLES GENERALES DU DROIT PRIVE DE LA RESPONSABILITE DU FAIT D'AUTRUI

La notion de responsabilité du fait d'autrui semble, au premier

abord, bien étrange. Elle est, en effet, contraire à un principe que la doctrine ancienne n'a jamais contesté, celui de la personnalité des fautes, principe selon lequel l'on n'est responsable que des fautes que l'on a commises soi-même. Il n'y a d'ailleurs pas que la doctrine ancienne qui adhère à ce principe : en effet, la conscience de chacun, juriste ou profane, conçoit spontanément qu'il serait injuste que l'on réponde de dommages qu'aucune faute personnelle n'a contribué à réaliser.

Or c'est bien là, quelle que soit la confusion que l'on ait pu créer en la matière, le caractère spécifique de la notion de responsabilité du fait d'autrui : une peronne est responsable du fait de l'activité dommageable d'une autre alors qu'aucune faute ne peut lui être reprochée. En effet, si une faute pouvait lui être reprochée, cette personne serait tenue de réparer, certes, un dommage causé par autrui, mais serait tenue en raison de son fait personnel (8).

Nous ne saurions trop insister sur ce point souvent méconnu par la doctrine et la jurisprudence : *il n'y a pas responsabilité du fait d'autrui chaque fois qu'une personne répare un dommage causé par autrui, mais uniquement chaque fois qu'une personne répare les conséquences de la seule faute d'autrui.*

C'est pourquoi, avant d'examiner le régime de la responsabilité du fait d'autrui en droit commun et les conditions de son adaptation dans le domaine de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui, nous tenons à préciser de quoi nous parlerons ou au moins de quoi nous ne parlerons pas. Nous ne parlerons pas de la responsabilité personnelle pour faute personnelle. Ainsi chaque fois qu'un dommage, directement réalisé par une personne, doit être réparé par une autre à laquelle on peut, par ailleurs, reprocher une faute, nous n'en parlerons pas, ou lorsque nous en parlerons ce sera pour écarter cette situation de notre propos et mettre mieux en relief le problème précis qui nous préoccupe, lequel consiste en ce qu'une personne moralement irresponsable d'un dommage en est reconnue juridiquement responsable.

---

(8) En ce sens Cf. Becque, De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1914, p. 260 & 269.

Soarec : La responsabilité contractuelle pour autrui. *Thèse*, Paris, 1932, p. 105.

Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, 4e édition, 1949, p. 126 : « Dans certains cas, la responsabilité dite du fait d'autrui est en réalité une responsabilité pour faute personnelle. »

Ch. Eisenmann : Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques J.C.P. 1949-1, n° 751. « Quand on parle de responsabilité pour faute, il faut correctement entendre et, en fait, l'on sous-entend bien : pour faute... du responsable lui-même, autrement dit : responsabilité d'un sujet pour sa ou ses fautes. On ne peut déclarer une règle de responsabilité fondée sur le principe de la faute que si c'est le fautif lui-même qu'elle oblige à réparer des dommages qu'il a, alors, causés, si responsable et fautif ne font qu'un. De *là suit immédiatement que comme telle, jamais la responsabilité des fautes d'autrui ne peut être une responsabilité pour faute.* »

MM. Mazeaud & Tunc : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5e édition, 1957, p. 826.

***

Aussi surprenante que se révèle dans son principe la notion de responsabilité du fait d'autrui, elle n'en est pas moins traduite en droit positif, privé et public.

LE PROBLEME DE LA RESPONSABILITE CIVILE DU FAIT D'AUTRUI DANS LE DOMAINE DELICTUEL ET DANS LE DOMAINE CONTRACTUEL : SES DONNEES EN MATIERE MEDICALE

En droit privé, la notion de la responsabilité du fait d'autrui se présente sous les deux aspects classiques de la responsabilité : contractuel et délictuel.

Ces deux aspects, nous allons précisément les rencontrer, très caractérisés, dans le domaine médical. Ils s'y présenteront avec une originalité tenant à la nature très particulière de l'activité génératrice de dommages, mais le droit commun fournira, nécessairement, les principes directeurs des solutions. Nous allons ainsi évoluer dans un champ d'expérience au double panorama. L'un aux larges perspectives, le contractuel, l'autre à celles plus réduites, le délictuel. Tout ce qui a pu être jugé et tout ce qui a pu être écrit sur la responsabilité du fait d'autrui va être ici soumis à une épreuve délicate mais souvent décisive.

La pratique judiciaire ne manquera pas de fournir les cas d'espèce les plus caractéristiques. Il suffit de lire les recueils de jurisprudence pour prendre conscience que la responsabilité du fait d'autrui, en matière médicale, y tient une si large place qu'on peut se demander si elle n'est pas devenue le terrain d'élection de la matière.

Il n'y a pas bien longtemps que la dualité de régime de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle d'une part, en matière délictuelle d'autre part, a été perçue par la doctrine et la jurisprudence puisque M. Hugueney pouvait écrire en 1915 (9) : « Il faut reconnaître que la doctrine classique en France est tombée dans une contradiction étrange, en confondant, quant à la responsabilité du fait d'autrui, les deux responsabilités contractuelle et délictuelle, tandis que par ailleurs, quant à la responsabilité du fait personnel, elle proclamait le principe de la dualité de la responsabilité. »

En effet, peu logique avec elle-même, ladite doctrine estimait que l'article 1384 du Code Civil — pourtant précédé des articles 1382 et 1383 relatifs à la responsabilité personnelle délictuelle, c'est-à-dire à la responsabilité de celui qui a causé un dommage à *un tiers auquel aucun lien ne le liait jusqu'alors* — que l'article 1384 donc établissait

(9) Note sous Cass. (Req.), 27 nov. 1911 (S. 1915-1-113).

les règles de la responsabilité du fait d'autrui aussi bien lorsque le responsable était lié à la victime par un contrat que lorsqu'il ne l'était pas.

C'est Becque qui, le premier, conscient de l'autonomie de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, écrivit en 1914 (10) : « C'est sur les dispositions de la loi relatives à l'inexécution des conventions *et sur elles seules*, que doit reposer la théorie de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. » Telle n'a pas été, cependant, nous le verrons, la conviction de la doctrine et de la jurisprudence en matière médicale puisque, de façon presque constante, elles ont fait appel à l'article 1384 du Code Civil pour justifier la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui.

Pour notre part, nous appuyant sur la conception dualiste de la responsabilité du fait d'autrui, peu contestée à l'heure actuelle (11) et satisfaisante pour l'esprit, comme nous allons le voir, nous envisagerons successivement le régime des responsabilités délictuelle et contractuelle du fait d'autrui et nous essayerons de trouver les motifs qui ont pu, dans chaque cas, inciter le législateur à ne pas respecter le principe de la personnalité des fautes. Cette recherche éclairera très utilement l'étude que nous entreprenons de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui.

La faveur dont a bénéficié et bénéficie encore la responsabilité délictuelle du fait de l'activité médicale d'autrui, nous incite à nous pencher, tout d'abord, sur cette forme de responsabilité.

I. — La responsabilité délictuelle du fait d'autrui : aperçus sur son application en matière médicale.

Le principe de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui, c'est-à-dire la responsabilité de celui qui n'est lié à la victime par aucun lien conventionnel, est posé par l'article 1384 du Code Civil qui décide dans son alinéa 1 : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre... » La rédaction de cet alinéa permet de penser, par un raisonnement « a contrario », qu'il est des personnes dont on ne doit pas répondre et qu'en conséquence

---

(10) E. Becque : De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (contribution à l'étude du droit comparé des obligations). (*Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1914, p. 253).

Cf. même sens : note Hugueny sous Cass. Req., 29 déc. 1919, S. 1922-1-33.

(11) Cf. notamment MM. Marty et Raynaud. *Droit civil*, T. II : *Les Obligations*, p. 512.

Cass. Civ., 9 avril 1962. D. 1963.II.10.

Cass. Civ. 29 mai 1963. *Gaz. Pal.* 1963. (26-29 octobre 1963) et la note.

la désignation de celles dont on doit répondre est faite par le législateur, dans la liste qui figure aux alinéas suivants de l'article 1384 :

« Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ;

« les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;

« les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. »

Jusque là ces personnes semblent être de véritables responsables du fait d'autrui, responsables sans qu'aucune faute puisse être prouvée contre eux, puisse donc leur être reprochée.

Mais le législateur n'a pas entendu qu'il en soit ainsi et a poursuivi dans l'article 1384 : « La responsabilité ci-dessus a lieu à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

« En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur à l'instance. »

Ainsi, les père et mère, les artisans et les instituteurs ne sont pas vraiment responsables pour autrui puisqu'ils ne seront tenus que lorsque leur négligence aura été prouvée, soit directement pour les instituteurs, conformément au droit commun, soit indirectement pour les parents et artisans. Par conséquent, nous ne nous attarderons pas sur leur cas, puisque ce rappel des règles de la responsabilité du fait d'autrui en droit commun n'est fait que dans la perspective de l'étude de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui. Or, il est clair que dans ce domaine, nous n'avons pas à considérer la responsabilité des parents, des artisans ou des instituteurs.

En revanche, nous allons nous intéresser au cas des commettants auxquels nous assimilerons les maîtres, d'une part parce que l'article 1384 fait d'eux de véritables responsables du fait d'autrui contre lesquels aucune faute ne doit être prouvée (12), d'autre part parce que, dans le domaine de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui, il est fréquent de voir le responsable et la personne pour laquelle il est tenu, liés par des rapports de préposition.

*
* *

D'abord, qu'est-ce qu'un commettant, qu'est-ce qu'un préposé, qu'est-ce qu'un rapport de préposition ? Après des hésitations que

(12) Cf. M.H. Mazeaud. *Cours de doctorat* 1952-1953, p. 241 : « En réalité, il n'y a que la responsabilité des commettants pour leur préposé qui soit véritablement une responsabilité pour autrui. »

nous n'évoquerons pas ici, la Cour de Cassation en donnait en 1847 (13) la définition qui allait devenir désormais le grand principe de direction de la jurisprudence et de la doctrine :

« La responsabilité à laquelle l'article 1384 soumet les commettants ne dépend pas seulement de ce qu'ils ont *choisi* leurs préposés, mais suppose, en outre, qu'ils ont le *droit* de leur donner des *ordres* ou des *instructions* sur la manière de remplir les fonctions auxquelles ils les emploient, *autorité sans laquelle il n'y a pas de véritables commettants.* »

Donc, le commettant de l'article 1384 ce n'est pas celui qui a choisi son préposé, c'est celui qui a autorité sur lui après l'avoir choisi. Et si on considère avec une jurisprudence déjà ancienne (14) que l'acceptation par le commettant d'un préposé qu'on lui fournit équivaut au choix, si l'on considère que l'autorité exercée sur quelqu'un implique par elle-même cette acceptation, l'on peut en déduire que le commettant est celui qui ordonne et dirige l'activité d'autrui. Ainsi, « les rapports de commettant à préposé n'existent qu'autant que dans la combinaison de deux activités, il n'y a pas égalité mais prédominance d'une volonté et d'une initiative sur l'autre. » (15) Et ce rapport existe, dès lors, quelle que soit sa source, un contrat tel le louage de services ou une simple situation de fait, pourvu dans ce cas que les ordres données soient couramment obéis.

Peu importe que le commettant soit éloigné et ses ordres intermittents, peu importe que le commettant soit incompétent alors que son préposé est un technicien, peu importe que l'exercice de l'autorité par le commettant soit occasionnel. Par contre, il importe que les activités au sujet desquelles s'exerce cette autorité relèvent du domaine d'activité propre au commettant.

Il arrive que la détermination du commettant soit difficile lorsque le pouvoir de direction est partagé entre plusieurs personnes ayant le préposé à leur service. Une jurisprudence bien établie, citée par M. Flour (16), dispose qu'il peut y avoir partage de la qualité de commettant lorsque le préposé reste, à certains égards, sous la direction de son commettant habituel et passe, à d'autres points de vue,

---

(13) Cass. 20 août 1847. D.P., 1847.4.421.

(14) Toulouse, 10 janv. 1876. D.P., 1877.2.41 ; Aix, 10 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 1893. 2.716 (1re espèce).

(15) Flour : Rapports de commettant à préposé dans l'art. 1384 du Code Civil (*Thèse*, Caen, 1933, p. 111).

(16) *Op. cit.*, p. 300, note 2.

Req., 7 nov. 1910, D.P., 1912.1.323 ; S. 1911.1.87 ; *Rev. crit.*, 1911.145, avec les observations de Ripert.

Crim. rej. 1er déc. 1916, D.P. 1917.1.119.

Req., 7 avri. 1924, D.H. 1924.373.

Crim. Cass., 22 nov. 1924, *Gaz. Pal.*, 1925.1.253.

Civ. Cas., 15 juin 1926. D.H. 1926.404 ; S. 1926.1.249. note Esmein.

Crim. rej., 21 oct. 1926, D.H., 1926.498.

sous la direction de celui à la disposition de qui il est temporairement placé. Dans ce dernier cas, ce sera la nature de la faute commise par le préposé qui orientera la responsabilité vers le patron habituel ou le patron temporaire.

Les considérations qui précèdent présentent une particulière importance dans le domaine médical, tant du point de vue de la notion d'autorité (par exemple d'un chirurgien sur ses assistants médecins et non-médecins) que de la dualité du pouvoir de direction (par exemple dans le cas où l'infirmier d'une clinique exécute les ordres particuliers d'un médecin opérant dans cette clinique, sans y être pour autant attaché).

Le rapport de préposition étant établi soit directement, soit à l'aide d'éléments aptes à l'établir, à quelles conditions le commettant sera-t-il responsable de son préposé en application de l'article 1384 du Code Civil ?

Tout d'abord, un dommage doit avoir été causé par le préposé à un tiers qui n'est en rien relié juridiquement au commettant. Ce dommage doit avoir été réalisé par une faute du préposé. Enfin, et c'est là une des conditions les plus délicates à déterminer, le préposé doit avoir commis cette faute dans l'exercice de ses fonctions. Comme le font justement remarquer MM. Mazeaud et Tunc (17), il n'y a pas là, à proprement parler, une condition de la responsabilité. Cette exigence découle, nécessairement, de la notion même de commettant. Mais la jurisprudence et la plupart des auteurs ont cru pouvoir donner une interprétation extensive de l'article 1384 alinéa 4 qui décide que les commettants ne sont responsables que du dommage causé par leurs préposés « dans les fonctions auxquelles ils les ont employés » ; ils assimilent aux dommages causés « dans l'exercice des fonctions » ceux commis « à l'occasion des fonctions » s'il y a « abus de fonctions ». M. Flour (18) a bien analysé leur position : « Un principe commun est suivi : l'article 1384, alinéa 5 (selon les auteurs, il s'agit de l'alinéa 4 ou 5) est applicable... chaque fois qu'il existe un lien de causalité entre la fonction et la faute... Mais un désaccord existe, au second degré en quelque sorte, sur la nature du lien de causalité... » L'auteur ajoute (19) dégageant la direction à suivre : « Le préposé n'est dans l'exercice de ses fonctions que lorsqu'il agit en vue de remplir la mission qui lui a été confiée, d'atteindre le résultat auquel, de par la décision du commettant, doit tendre son activité. » Les Chambres réunies de la Cour de Cassation ont, le 9 mars 1960 (20) rendu un arrêt adoptant un critérium analogue à celui proposé par M. Flour.

Notons, pour en terminer avec le régime de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui, que la jurisprudence n'a jamais hésité à valider

---

(17) *Op. cit.*, p. 963.
(18) *Op. cit.*, p. 331.
(19) *Op. cit.*, p. 342.
(20) J.C.P., 1960 — II 11 559, note Rodière.

l'assurance contre les dommages nés de la faute, même intentionnelle ou lourde, de la personne dont doit répondre le commettant.

Notons encore que le recours de celui-ci contre son préposé est possible, qu'il peut même être intégral puisque, pour être déclaré responsable, le commettant n'en est pas pour autant en faute.

Pour quelle raison, maintenant, le législateur a-t-il institué cette responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, responsabilité qui pour être conditionnelle n'en est pas moins dérogatoire au principe de la personnalité des fautes ? Cette question qui, en fait, est celle du fondement de cette responsabilité a reçu des réponses aussi diverses qu'originales, mais pas toujours exactes. Nous y jetterons un regard car nous pouvons en tirer des directives qui nous seront utiles en matière de responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui.

Une théorie classique, inspirée par les travaux préparatoires du Code Civil, affirme que l'article 1384 pose une présomption de faute à l'égard du commettant, la présomption de faute de choix et de surveillance, la fameuse « culpa in eligendo et in vigilando ». Mais cette théorie présente l'inconvénient de n'expliquer ni le fait que le commettant ne peut s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis ces fautes, ni le fait que le recours contre le préposé est admis dans son intégralité comme s'il était le seul en faute.

Pour remplacer cette thèse, peu satisfaisante, s'est élaborée la théorie du risque et du profit dont le principal promoteur fut Saleilles (21) : le commettant répond des fautes du préposé parce qu'il s'agit de quelqu'un qui travaille pour lui, qui contribue à la création de son profit. Or, au profit doit répondre le risque. Celui qui jouit du premier doit assumer le second. Planiol, également partisan de cette théorie, déclara (22) : « le principe qu'on pourrait appeler la loi de connexité entre le profit et le risque possède une valeur à la fois économique et morale... »

En droit français, la théorie du risque n'a jamais été vraiment adoptée. M. Flour (23) l'a vivement condamnée sur le plan économique par des arguments subtils qui méritent de retenir l'attention. Dire que le maître prend pour lui les résultats bons ou mauvais du travail de ceux qu'il emploie « ne veut dire qu'une chose : si l'ouvrier, comme il est normal, crée une valeur supérieure à son salaire, le maître réalise un bénéfice, le risque correspondant est celui de le voir produire, au contraire, une valeur inférieure à ce salaire. Le maître subira les pertes résultant de sa maladresse, des malfaçons qu'il pourra commettre... Les dommages causés aux tiers par les fautes des préposés sortent des termes de ce rapport, de cette compensation logique et nécessaire ;

---

(21) Les accidents du travail et la responsabilité civile.

(22) Etudes sur la responsabilité civile. Troisième étude : responsabilité du fait d'autrui. *Rev. Crit.*, 1909, p. 297 & s.

(23) *Op. cit.*, pp. 43 et 44.

c'est une équivoque de voir dans l'obligation de les réparer la contrepartie du profit tiré du travail d'autrui. »

Même si l'on ne souscrit pas à ces assertions, comment expliquer par ailleurs, si le risque doit toujours suivre le profit, que le commettant puisse recourir intégralement contre le préposé ?

Aussi une trosième théorie a-t-elle été proposée par MM. Mazeaud (24), c'est la théorie de la substitution : le préposé n'est qu'un instrument entre les mains du commettant, de telle sorte que quand le préposé agit, tout se passe exactement comme si le commettant agissait lui-même. Domat (25) écrivait déjà : « Le fait de ces préposés est le leur propre. » Le préposé n'est pas autre chose que le bras du commettant. Mais comme la précédente théorie, celle-ci se heurte encore à la possibilité que possède le commettant de recourir contre son préposé. S'il y avait, vraiment, substitution du second au premier, le premier conserverait pour lui la réparation d'un dommage qui serait censé avoir été causé par sa propre faute.

Enfin, certains tels Ripert (26) ou M. Flour (27) fondent la responsabilité délictuelle du fait d'autrui sur l'idée de garantie. Treilhard n'avait-il pas déclaré au Corps Législatif : « La responsabilité des maîtres est une garantie et souvent la seule garantie de la réparation des dommages. » (28) ? Cette thèse est intéressante car elle postule bien l'interdiction de la preuve libératoire et également le droit de recours. Mais, il y a là plus une théorie explicative du régime de cette responsabilité qu'une théorie révélatrice de son fondement. En effet, pourquoi le législateur institue-t-il une telle garantie ? Ripert (29) ne se pose pas la question : « (L'idée de garantie)... est alors purement technique et il appartient au législateur de voir dans quelle mesure il veut qu'il y ait dans la société des répondants pour autrui. »

Mais une technique doit être au service d'un idéal, lequel dans le domaine juridique ne peut être qu'un idéal de justice. Aussi M. Savatier (30), à notre avis, a-t-il bien conçu et bien exprimé la véritable raison d'être de cette responsabilité du fait d'autrui lorsqu'il déclare : « Le risque du fait d'autrui a certainement pour origine première la responsabilité du chef... Etre chef c'est, en effet, garantir la tâche à laquelle on préside. C'est par suite faire siens les actes de ses *subordonnés* dans l'exercice de la mission qu'on leur a confiée. Un chef se rend ridicule, il manque à la virilité qui est de l'essence du rôle de

---

(24) *Op. cit.*, p. 996.

(25) Lois civiles L.I.T. XVI, Sect. III, I cité par H.L. & J. Mazeaud in *Leçons de Droit Civil.* T. II, n° 483.

(26) *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e édition, 1949, n° 126.

(27) *Op. cit.*, p. 57.

(28) Présentation du Projet au Corps Législatif 9 Pluviôse, an XII (Fenet XIII, pp. 467-468 ; Locré XIII, p. 31).

(29) V. note 26.

(30) *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile.* 2e édition, 1950, p. 133.

chef si, quand une faute est commise, il se lamente en disant que ce n'est pas la sienne mais celle de son subordonné ; du même coup, il apporte la preuve qu'il n'est pas apte à prendre les responsabilités du chef... *Fictivement* (le chef) admet que les fautes que feront ses subordonnés, il les revêt de sa liberté propre... » M. Savatier remarque, il est vrai, que certains chefs tels les père et mère ou les hauts fonctionnaires ne répondent pas des actes de leurs subordonnés en raison de leur seule qualité de chef. Aussi reconnaît-il que la notion de profit — non forcément pécuniaire — vient nuancer le critère du chef et les obligations qui y sont attachées.

M. L. Husson partage le même point de vue puisqu'il écrit (31) : « La personne responsable n'est pas engagée directement par ses propres actes, mais indirectement par l'action des êtres en qui sa personne se prolonge, *en raison de la maîtrise qu'elle exerce ou doit exercer sur eux, ainsi que de l'emploi qu'elle en fait à ses propres fins.* »

Bien entendu, comme tout garant, comme tout chef, le commettant ne fait siens les actes de ceux dont il répond qu'au seul regard des tiers. Lorsque ceux-ci ont été désintéressés, il peut recourir contre ses préposés et rétablir, par là-même, l'équilibre faute-réparation qui n'avait été masqué que dans le légitime souci d'introduire dans le circuit de l'activité humaine une entreprise parfaitement structurée et hiérarchisée, digne de son chef.

La responsabilité délictuelle du fait d'autrui se trouve donc être, en définitive, une responsabilité relativement étroite quant aux personnes auxquelles elle s'applique, puisque le législateur n'a visé que celle des commettants du fait de leurs préposés. Mais elle est l'illustration d'une idée haute et féconde que M. R. Savatier (32) traduit fort bien : « Qui consent à être chef accepte de couvrir les actes de ses subordonnés par une sorte de prolongement de sa propre liberté. » Dans le domaine médical, nous verrons qu'en raison de la nature même de la profession médicale, le concept de préposition n'est susceptible, selon notre opinion, que d'une application particulièrement restreinte.

II. — La responsabilité contractuelle du fait d'autrui : aperçus sur son application en matière médicale.

Comme nous l'avons déjà noté (33), le principe de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui n'a pas été toujours nettement séparé de celui de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui. Nous ne reviendrons

---

(31) In : « Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique ». Bibliothèque de philosophie contemporaine. P.U.F., 1947, p. 382.

(32) *Op. cit.*, p. 133.

(33) *Supra*, p. 14.

pas sur les controverses qui ont présidé à la naissance de la conception dualiste actuelle, parfaitement justifiée par l'existence des deux types de responsabilité personnelle, contractuel et délictuel. Nous nous bornerons à envisager la nature, le régime et le fondement de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Ce point requiert une particulière attention car, il faut dès maintenant le noter, *c'est dans le domaine contractuel* que la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui sera, en fait, en droit privé, le plus souvent exercée.

La responsabilité contractuelle du fait d'autrui est celle qui incombe à un contractant, relativement à l'inexécution des obligations qu'il avait assumées, alors que cette inexécution est *le fait d'un tiers qu'il a introduit* lui-même, dans l'exécution du contrat *sans commettre par là-même une faute.* En effet, si le débiteur a introduit un tiers dans l'exécution du contrat en violation de celui-ci ou de la loi, il est responsable pour faute personnelle (34).

M. Victor Renaud (35) a posé exactement le problème de ce type de responsabilité : « il... s'agit... bien de rechercher si un débiteur peut ou non invoquer, vis-à-vis de son créancier, comme une cause de libération le fait du tiers qui a engendré l'inexécution ». En effet, depuis l'article de Becque de 1914 (36), c'est sur les dispositions du Code Civil, relatives à l'inexécution des conventions, que la majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence se base pour apprécier la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Ce n'est pas que ces dispositions présentent un principe général de cette responsabilité comme le font le Code Civil allemand de 1901 en son article 278 et le Code Civil suisse de 1911 en son article 101. Certes, les articles 1245 et 1797 du Code Civil français peuvent-ils fournir quelques indications à son sujet, mais seulement à propos de cas précis et particuliers. En fait, c'est l'article 1147 du même Code qui paraît s'appliquer dans sa généralité au cas où l'inexécution d'un contrat est due au fait d'un tiers introduit par le débiteur lui-même dans le cercle contractuel. Il dispose, en effet : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. » Or, un tiers, introduit par le débiteur lui-même, dans l'exécution des obligations qu'il a assumées, semble bien par définition ne pouvoir être qualifié de cause étrangère non imputable au débiteur. Donc, ce débiteur ne peut être exonérée de la responsabilité qu'il encourt du fait de l'inexécution du contrat par la faute de ce tiers. C'est ce qu'ont sou-

---

(34) Cf. Becque, *loc. cit.*, p. 269.

(35) De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. *Thèse,* Paris, 1923, p. 9.

(36) Cf. Note 8.

tenu en particulier, MM. Becqué (37), Josserand (38), Demogue (39), Ripert (40). Dans cette conception, le débiteur répond de toutes les personnes dont il se sert pour l'exécution de l'obligation, ce qui distingue, nettement, ce type de responsabilité de celle délictuelle du fait d'autrui dont le champ d'application est limité, strictement, par les termes de l'article 1384 du Code Civil. De plus, alors que dans la responsabilité délictuelle du fait d'autrui, la faute du préposé doit être démontrée, ici, au moins en ce qui concerne les obligations de résultat, le fait fautif ou non fautif du tiers entraîne la responsabilité du débiteur parce que, de toute façon, ce fait ne lui est pas étranger.

M. Rouast (41) qui approuve le principe d'une telle conception de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui lui fait, cependant, un reproche dont nous examinerons la pertinence avec attention car il vise l'hypothèse des *obligations de moyens* que nous rencontrerons très souvent — si ce n'est exclusivement — dans notre étude de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui.

Pour M. Rouast, lorsqu'un débiteur contracte non plus une obligation de résultat mais une obligation de moyens, c'est-à-dire ne s'engage plus à obtenir un résultat mais à fournir la diligence requise de tout homme avisé pour tenter d'obtenir un résultat, l'article 1147 du Code Civil ne s'applique plus, mais bien l'article 1137 qui dispose : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les *soins d'un bon père de famille*. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent. » Il est vrai qu'il n'y a pas, en ce cas, inexécution par le fait même que la chose n'a pas été conservée ; il n'y a inexécution que s'il est prouvé que le débiteur n'a pas apporté tous les soins d'un bon père de famille, qu'il est en faute. M. Rouast fait remarquer, dès lors, que même lorsqu'il s'agit d'invoquer une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, la faute du débiteur doit être démontrée. Or, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui implique, par hypothèse, que le débiteur n'est pas en faute. De ces prémices, M. Rouast déduit qu'il faut généraliser l'article 1994 du Code Civil relatif au mandat et décider que le débiteur d'une obligation de moyens ne peut être responsable des faits de celui qu'il s'est substitué que si le créancier prouve que ce débiteur a commis une faute dans le choix de la personne qu'il se substitue ou dans la

---

(37) *Loc. cit.*, p. 284.

(38) *Transports*, p. 468 & s.

(39) *Obligations*, t. V, pp. 19, 129 & s.

(40) *Droit maritime*, t. II, n° 1725.

(41) Problème de l'inexécution du contrat et aperçu des intérêts qu'il met en jeu. *Cours de Doctorat* 1941-1942, p. 205.

surveillance qu'il pouvait exercer sur cette personne. Et il conclut : « Bref, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui ne joue pleinement que pour les obligations de résultat. » (42) Il n'y aurait donc pas pour M. Rouast de responsabilité contractuelle du fait d'autrui lorsque le débiteur aurait assumé une obligation de moyens.

Il semble que l'auteur de ces réflexions n'ait pas basé son raisonnement sur des prémices exactes.

Tout d'abord, comme le font remarquer MM. Mazeaud (43) : « L'article 1137 n'est pas, à la différence de l'article 1147, un texte fixant les conditions de la responsabilité contractuelle, mais un texte précisant le contenu de l'obligation née du contrat... » Par conséquent, l'article 1147 s'applique, de façon générale, à l'inexécution de toutes les obligations (44).

Or, contrairement cette fois-ci à l'opinion de MM. Mazeaud — et sans, pour autant, rejoindre les partisans de la théorie du risque — l'on peut considérer que l'article 1147, dans le seul but de respecter scrupuleusement la parole librement donnée, n'envisage pas la sanction de la *faute* du débiteur, mais bien celle de l'*inexécution* de *son obligation*, pourvu que celle-ci n'ait *pas été causée par l'intervention d'une cause qui serait étrangère à ce débiteur.*

Certes, il est vrai de dire avec M. Esmein (45) que la faute en droit ne doit être définie que comme l'inexécution d'une obligation.

Mais, le but de la responsabilité contractuelle n'est pas de sanctionner une faute, violation d'une obligation quelconque, mais l'inexécution assumée lors de la passation du contrat.

Or, si toute faute est l'inexécution d'une obligation, toute inexécution sanctionnée n'est pas forcément une faute. Il ne faut pas perdre de vue, sous prétexte que l'on raisonne en droit, la notion morale de faute avec ce qu'elle comporte d'intention mauvaise ou de négligence coupable. Ainsi, lorsqu'un transporteur promet de livrer une marchandise le 1er mars et n'exécute pas sa promesse, parce que tous ses chauffeurs sont malades en même temps, il est responsable de l'inexécution car la maladie de ses chauffeurs n'est pas considérée par la jurisprudence comme une cause étrangère libératrice ; mais ce transporteur ne peut être dit pour autant en faute ou même présumé en faute car *humainement*, sinon juridiquement, il ne pouvait peut-être parer en temps voulu à la carence de ses chauffeurs. Les notions d'absence de cause étrangère et de faute ne se recouvrent par forcément.

Pourquoi toujours chercher, dans la terreur d'apercevoir une responsabilité sans faute, l'existence d'une présomption de faute, quitte

---

(42) *Op. cit.*, p. 206.

(43) *Leçons de Droit Civil*, Tome II, 1956, p. 359.

(44) Cf. MM. Marty et Raynaud. *Droit Civil.* T. II, p. 504 : « L'article 1147 peut donc intervenir même en ce qui concerne les engagements de diligence. »

(45) Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1933, p. 634.

à faire perdre au terme de faute sa signification fondamentale de manquement moral ?

La responsabilité contractuelle peut donc être, éventuellement, une responsabilité sans faute réelle ni présumée. Ce caractère singulier et rigide se justifie, pleinement, par le respect quasi-inconditionnel qu'il faut porter à la parole donnée.

Aussi, pour en revenir à la position de M. Rouast, lorsqu'un débiteur a assumé une obligation de moyens, il n'est pas nécessaire pour que sa responsabilité soit engagée qu'une faute soit prouvée contre lui. Il s'agit, simplement, de prouver, comme le postule de façon générale l'article 1147, qu'il y a inexécution. Certes, si le débiteur n'a introduit aucun tiers dans l'exécution du contrat, prouver l'inexécution de son obligation de moyens, c'est prouver une faute contre lui. Mais, lorsqu'il a légitimement introduit un tiers dans cette exécution, prouver l'inexécution peut se réduire à prouver la faute du tiers sans que pour autant il soit nécessaire de prouver une faute du débiteur relative à l'introduction du tiers ou à sa surveillance. Et, il ne faut pas voir là un phénomène de représentation inconcevable juridiquement sur le plan des activités matérielles, mais la simple application des règles relatives à l'inexécution des obligations de moyens. Un exemple peut mieux faire comprendre le mécanisme de cette application : nous le prendrons, bien sûr, dans le domaine médical, sans pour autant préjuger les décisions que la jurisprudence lui applique : un chirurgien tenu — aux termes d'une jurisprudence que nous verrons plus tard — à l'égard de son malade d'une obligation de prudence et diligence, opère avec l'assistance d'infirmières qu'il a choisies ou acceptées. Le malade subit, dans sa chair, un préjudice important et ne peut prouver qu'une faute provenant d'une infirmière. Pour que le chirurgien soit considéré comme responsable de ce préjudice, selon les termes de l'article 1147 du Code Civil, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il a commis une faute personnelle de choix ou de surveillance, ce qui, comme le pense M. Rouast, impliquerait forcément une responsabilité personnelle. En effet, le malade qui prouve la faute de l'infirmière prouve, par là-même, que l'obligation de soins diligents et éclairés assumée par le chirurgien est inexécutée — ce qui ne veut pas dire que celui-ci est en faute — et que si elle est inexécutée ce n'est pas par le fait d'une cause étrangère à ce chirurgien.

Il semble donc qu'on ne peut pas dire avec M. Rouast que la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui ne joue pleinement que pour les obligations de résultats. »

M. Rodière (46), de son côté, comprenant que le fait d'un tiers n'est pas, à priori, différent d'une autre cause d'inexécution de l'obligation, en est arrivé à une conclusion originale mais destructive qui

---

(46) Note sous Bourges, 6 déc. 1949, J.C.P., 1950, II, 5479 ; et du même « Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? » D. 1952, *chr.*, p. 81.

consiste à nier l'existence d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, à ne reconnaître qu'une responsabilité contractuelle personnelle et, cela, parce que, comme M. Rouast, il croit que les notions d'inexécution et de fait personnel se recouvrent, de même que les notions d'absence de cause étrangère et de faute. Il écrit dans sa chronique précitée (47) : « La question est toujours la même : cet événement était-il imprévisible et ses conséquences étaient-elles insurmontables pour le débiteur ? Dans l'affirmative, le débiteur prouve qu'il n'a pas commis de faute, entendons bien de faute personnelle. Au cas contraire, si ce fait derrière lequel le débiteur s'était abrité pour expliquer et justifier sa défaillance n'était pas imprévisible pour lui ou si les suites en étaient surmontables, ce fait n'empêche pas (ou même révèle *quelquefois* la faute du débiteur). »

L'auteur aurait dû tirer du doute qu'il formule ainsi, la conviction que l'absence de cause étrangère n'équivaut pas forcément à la peuve d'une faute. Mais il préfère s'en rapporter à la jurisprudence sans vouloir en peser la valeur puisqu'il ajoute : « Les arrêts... marquent unanimement qu'il n'y a pas de responsabilité du fait d'autrui sans faute personnelle du débiteur, en d'autres termes que la catégorie juridique de la responsabilité contractuelle pour autrui n'existe pas. »

Pourtant, nous l'avons déjà dit, si les notions d'inexécution et de fait personnel, d'absence de cause étrangère et de faute se recouvrent lorsque le débiteur a assumé une obligation de moyens et lorsqu'il est seul à exécuter le contrat, cela n'est plus vrai lorsque ce débiteur a introduit — par hypothèse sans faute de sa part — un tiers dans cette exécution. En effet, nous l'avons expliqué, il peut y avoir inexécution imputable au débiteur parce que le fait du tiers ne lui est pas étranger sans que pour autant il y ait faute de choix ou de surveillance de sa part. De telle sorte que si l'on peut dire, à juste titre, que la responsabilité contractuelle du fait d'autrui n'est qu'une application des règles relatives à l'inexécution personnelle des conventions, on ne peut pas en déduire, pour autant, l'inexistence d'une telle responsabilité. Celle-ci, dérogatoire — il ne faut pas l'oublier — au principe de la personnalité des fautes, ne peut *exister*, en matière contractuelle, qu'en considération des règles relatives à l'inexécution des conventions ; mais elle existe, et ne peut se ramener à une responsabilité contractuelle personnelle parce que, si l'inexécution est imputée au débiteur, elle est, malgré tout, le fait, et le fait fautif — au moins en matière d'obligations de moyens — du tiers. Et c'est là, comme nous l'avons dit, avec insistance, au début de notre étude (48), le caractère spécifique d'une responsabilité du fait d'autrui.

Une question peut, légitimement, se poser à l'esprit. Pour qu'un débiteur soit déclaré responsable du fait fautif (49) d'un tiers, contrai-

---

(47) P. 80.
(48) *Supra*, p. 3.
(49) Toujours dans le cas d'une obligation de moyens.

rement au principe de la personnalité des fautes, il est nécessaire de poser en une sorte de pétition de principe que le fait de ce tiers, introduit dans l'exécution du contrat par le débiteur, ne constitue pas pour celui-ci une cause étrangère. C'est ce que fait la jurisprudence. Or, contrairement aux sciences mathématiques, la science juridique n'admet pas les axiomes. A telle enseigne, en notre espèce, qu'il a été soutenu que : « (l') activité (de l'agent d'exécution) est distincte de celle du patron, elle s'est mise en opposition avec cette dernière et c'est cette opposition qui a engendré l'inexécution. L'acte de l'auxiliaire — personne juridiquement et physiquement différente de la personne du débiteur — peut donc être considéré ainsi que la pénétration d'une cause externe dans l'activité propre de ce débiteur (50). »

Pourtant, il semble que l'on puisse justifier la qualification de cause non étrangère attribuée au fait d'un tiers introduit dans l'exécution du contrat par le débiteur. Et il semble que l'on puisse la justifier par le même principe qui justifie la responsabilité délictuelle du fait d'autrui et qui est mis en lumière par M. R. Savatier (51) à savoir la *responsabilité du chef*. Il n'y a pas que le commettant responsable délictuellement du fait d'autrui qui soit un chef ; la plupart de ceux qui confient une mission à autrui sont des chefs ou au moins des organisateurs. Et tous les organisateurs qui confient à autrui une mission dans leur intérêt propre — voire moral — doivent être responsables de leurs collaborateurs, en applications de l'article 1147. Comme le dit M. R. Savatier en une phrase que nous reproduisons à nouveau, parce que nous la jugeons déterminante : « Etre chef, c'est garantir la tâche à laquelle on préside... » Donc, aucun de ceux à qui un débiteur confie l'exécution, totale ou partielle, du contrat qu'il a passé, ne lui est étranger. Ce débiteur est responsable si l'inexécution survient par le fait de ce tiers.

Cela n'empêche pas le débiteur de recourir contre ce tiers, comme le commettant en matière délictuelle a un recours contre son préposé. En effet, nous l'avons vu, le débiteur n'est pas responsable du dommage parce qu'il est en faute, mais parce qu'il n'a pas exécuté son obligation par la faute du tiers. Il est juste qu'il se retourne, alors, contre celui-ci, afin de rentrer dans des frais qu'il a dû assumer par la seule faute de ce tiers.

*
* *

Il y a, par conséquent, en droit privé un principe directeur commun aux responsabilités contractuelle et délictuelle du fait d'autrui, celui de la responsabilité du chef. C'est, sans doute, cette unité de fondement, clairement ou confusément ressentie, qui a conduit la doctrine et la

(50) V. Renaud, *Op. cit.*, p. 57.
(51) Cf. *op. cit.*, note 30.

jurisprudence à ne voir, pendant longtemps, qu'une seule responsabilité du fait d'autrui et à la baser sur l'article 1384 du Code Civil.

Quel intérêt y a-t-il, en ce cas, à faire des distinctions ? Tout d'abord, il est satisfaisant pour l'esprit d'appliquer à chaque situation juridique le principe qui lui convient et non celui prévu pour une autre situation ; cela est satisfaisant même si, au total, l'un et l'autre principe conduisent à des résultats analogues.

Par ailleurs, il existe tout de même, entre les responsabilités contractuelle et délictuelle du fait d'autrui, un certain nombre de différences qui ont été bien mises en relief, en particulier par Lalou (52) : Le non-contractant n'est responsable que des personnes énumérées dans l'article 1384 du Code Civil, alors que le contractant est responsable de tous ses auxiliaires.

La faute du préposé doit être démontrée par celui qui postule une réparation sur le plan délictuel, alors que sur le plan contractuel, au moins lorsque le débiteur a assumé une obligation de résultat, la faute de l'auxiliaire importe peu : on ne considère que l'inexécution. En outre, et à ce propos, Demogue (53) fait remarquer, à juste titre, qu' : « Il est plus satisfaisant que le débiteur réponde de ceux qui l'entourent comme de lui-même *avec plus ou moins de sévérité suivant les contrats*. Faire pénétrer l'article 1384 (dans les rapports entre contractants) serait donc inutile et maladroit. Ce serait substituer une règle plus rigide à une autre plus souple. »

En dehors de cela, les différences suivantes peuvent être relevées :

Le contractant peut être justiciable d'une des juridictions déterminées par l'article 420 du Code de Procédure Civile, alors que le non-contractant ne le peut pas.

La prescription de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui est la prescription contractuelle trentenaire — ou décennale pour les contrats conclus entre commerçants selon l'article 189 *bis* du Code de Commerce —, alors que la prescription de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui est de trois ans lorsque le fait qui lui a donné naissance peut être qualifié de délit pénal.

Dans le cadre du contrat, la victime n'a droit qu'à la réparation du dommage prévu, sauf dol du débiteur, alors que dans le cadre délictuel la victime a droit à la réparation du dommage même imprévu.

Les clauses de non-responsabilité ou de limitation de responsabilité sont, parfois, valables dans le cadre contractuel et ne le sont pas dans le cadre délictuel.

Enfin, il ne faut pas oublier que la Cour de Cassation (54) a posé le principe du « non-cumul », en fait de la « non-option » : lorsque sont réunies les conditions qui donnent à la responsabilité une nature contrac-

---

(52) *Traité pratique de la responsabilité civile*, 3e éd., 1943, p. 606.
(53) Note sous Cass. civ., 11 janv. 1922. S. 1924.1.105.
(54) Civ., 11 janv. 1922, S. 1924.1.105 et note Demogue D. 1922.1.16.

tuelle, la victime — si ce n'est ses ayants-cause (55) — ne peut pas, quand même elle y aurait intérêt, invoquer les règles de la responsabilité délictuelle (56).

Il y a donc un intérêt théorique et un intérêt pratique à distinguer les deux types de responsabilité, bien qu'ils tirent leur existence et leur force d'une source commune.

Cette distinction va apparaître et s'imposer, nettement, dans notre étude de la responsabilité du fait médical d'autrui, en droit privé, car nous y trouverons, en effet, les responsabilités des deux types : délictuel et contractuel, ce dernier prenant, en importance, le pas sur le premier, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, et pour cette raison que, dans la grande majorité des cas, le malade, qui requiert des soins, choisit son médecin ou sa clinique et contracte avec eux. Le contrat médical sera un contrat engendrant, à la charge du médecin, une obligation de moyens de sorte que les observations qui précèdent concernant ce type d'obligations, revêtiront dans nos développements une particulière importance qu'il convient de souligner d'ores et déjà.

Quant à la responsabilité délictuelle, elle posera également, dans le cadre de notre recherche, des problèmes délicats même s'ils sont moins fréquents. Ils sont, dès à présent, parfaitement concevables : il suffit d'imaginer le cas du médecin intervenant spontanément au chevet d'un malade ou d'un blessé en dehors de tout appel, donc en dehors de tout contrat. La réalité quotidienne nous fournira d'autres exemples.

Donc nous pouvons retenir que tout ce qu'en droit commun nous venons d'évoquer, nous le retrouverons dans les chapitres qui vont suivre pour en tenter l'application — bien entendu avec de nombreuses particularités — et, à cette occasion, pour en vérifier l'exactitude.

III. — La profession médicale exercée dans le cadre du service public et les règles générales du droit administratif impliquant la responsabilité du fait d'autrui.

En droit public, la responsabilité du fait d'autrui existe également mais sous un aspect différent de celui qu'elle revêt en droit privé. Toujours dans la perspective de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui, nous envisagerons, à propos de l'exercice de la médecine dans le secteur public, la responsabilité des personnes de droit public, du fait de l'attitude fautive de leur personnel. Nous précisons, d'ores et déjà, le problème : les pouvoirs publics ont institué un service

---

(55) Civ. Com., 19 juin 1951. D. 1951, J. 717. Note Ripert.

(56) Cf. sur la responsabilité *contractuelle* du fait des choses : l'arrêt de la Cour de Cassation du 27 mai 1940 (S. 1940-1-84) qui écarte l'application de l'article 1384 § 1 du Code Civil et l'arrêt de la même haute juridiction du 30 oct. 1962, J.C.P., 1962.IV.158 et II.12924. Note Savatier (cf. *infra*, note 149).

public de santé avec des organismes multiples, indépendants juridiquement ou non de la collectivité à laquelle ils se rattachent. A l'intérieur de ces organismes, des « hommes en blanc » exercent leur activité médicale qui est parfois, pour les malades ou leurs ayants-cause, génératrice de dommage. Et la question se pose de savoir qui assure la réparation : l'auteur de l'acte, le service public lui-même ? et, dans ce dernier cas, ne s'agit-il pas d'une responsabilité pour autrui ?

Le droit commun de la responsabilité de la puissance publique du fait de ses agents, nous ne l'envisagerons que dans ses grandes lignes, car le service public de santé, qui retient notre attention, présente des traits assez exorbitants du droit commun des services publics au point qu'il n'est pas nécessaire de s'arrêter, dès maintenant, aux détails de ce droit commun.

Pour M. Waline (57), comme pour M. Chapus (58), la responsabilité d'une collectivité publique ne peut, d'ailleurs, être qu'une responsabilité d'une collectivité publique ne peut, d'ailleurs, être qu'une responsabilité du fait d'autrui ou une responsabilité du fait des choses, comme l'est, d'ailleurs, la responsabilité de toute personne morale. M. Eisenmann (59) donne de cette position, en ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui, une justification fort ingénieuse : Ceux qui endossent la véritable responsabilité des collectivités publiques, ce sont les membres de la communauté nationale qui vont, en définitive, supporter la charge de l'obligation de réparer. Or, l'acte dommageable qui va déclencher cette responsabilité est le fait d'un ou plusieurs agents de la collectivité publique. Nous sommes donc bien en présence d'une véritable responsabilité du fait d'autrui que l'auteur — nous l'avons déjà noté (60) — ne conçoit que comme une responsabilité sans faute personnelle, pour faute d'autrui.

Ce point étant admis, il semble que, comme en droit privé, il faille distinguer la responsabilité contractuelle et la responsabilité sinon délictuelle au moins extracontractuelle du fait d'autrui. La première n'a guère été étudiée par la doctrine (61) ; pourtant elle mérite de retenir l'attention tout autant que la seconde.

L'administration peut passer deux catégories de contrats. D'une part, des contrats de droit privé. Ils sont conclus, en général, par les services commerciaux et industriels, mais peuvent l'être même par les services administratifs lorsque ceux-ci décident de n'introduire, dans leurs conventions, aucune clause exorbitante du droit commun ; à ces contrats, comme leur nom le laisse supposer, s'appliquent les règles relatives aux

---

(57) *Droit administratif*, 8e éd., p. 686.

(58) Responsabilité publique et responsabilité privée. *Thèse*, Paris, 1952, p. 205.

(59) Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques, J.C.P., 1949, I, n° 751.

(60) Cf. *supra*, note 8.

(61) Cf. cependant M. de Laubadère : éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration in *Mélanges* Mestre, Sirey, 1956, p. 383.

contrats de droit privé. D'autre part, des contrats administratifs : leur théorie générale est loin d'être celle des contrats de droit privé, mais à leur sujet M. de Laubadère (62) écrit : « En matière contractuelle, la faute de l'administration n'apparaît pas autrement que sous la forme de manquements aux engagements contractuels, manquements qui ne diffèrent pas foncièrement de ceux qui peuvent être commis par des particuliers contractants. » Et M. Waline (63) semble conclure cette assertion : « ... alors, il n'y a qu'à appliquer les règles ordinaires de la responsabilité contractuelle ».

En définitive, la responsabilité contractuelle de l'administration, c'est-à-dire en fait et comme nous l'avons admis avec M. Waline (64) la responsabilité contractuelle du fait d'autrui de l'administration, est régie par des règles analogues à celles de droit privé que nous avons dégagées.

En revanche, la responsabilité extracontractuelle — extracontractuelle du fait d'autrui — de l'administration ne peut être ainsi assimilée à la responsabilité délictuelle du fait d'autrui du droit privé, mais nous allons voir qu'elle en diffère davantage par un certain aspect de ses techniques que par son inspiration fondamentale.

Lorsqu'il s'agit de réparer les conséquences, non d'un acte juridique — nous n'envisagerons pas ce cas qui ne rentre guère dans la perspective de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui — mais d'une opération matérielle, d'un accident, le fait dommageable est imputable à une personne de droit public lorsqu'il est le fait d'un individu participant, à quelque titre que ce soit, au fonctionnement du service public. La notion de participation à un service public implique d'une part, et dans la majeure partie des cas, la notion de préposition analogue à celle du droit privé : le préposé est le subordonné ; le commettant est celui qui peut donner des ordres on dont l'autorité est en fait acceptée par le préposé à l'instant du fait dommageable ; dans ces conditions, presque tout fonctionnaire ou agent public se trouve répondre à cette définition pendant ses heures de service tout au moins. Mais la notion de participation à un service public implique, d'autre part, la simple notion de collaboration, dénuée de toute idée de subordination, comme l'est notamment celle du médecin des hôpitaux. De telle sorte que, il faut bien le reconnaître, la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique couvre l'activité d'un nombre de personnes plus étendu que ne le fait la responsabilité délictuelle des particuliers du fait d'autrui.

De quels faits dommageables de ces personnes une collectivité publique est-elle responsable ? Nous ne nous attarderons pas sur l'évolution de la jurisprudence en la matière, bien qu'elle soit fort intéressante, afin de ne pas nous écarter du but de notre étude. Il faut noter,

---

(62) *Op. cit.*, p. 388.
(63) *Op. cit.*, p. 576.
(64) Cf. *supra*, p. 30.

néanmoins, pour bien comprendre la jurisprudence actuelle, qu'il y a un demi-siècle environ, la seule faute d'un fonctionnaire ou agent qui pouvait engager la responsabilité de l'Etat était la faute dont le fonctionnaire ne répondait pas lui-même, c'est-à-dire la faute de service ou non détachable de l'exercice des fonctions, laquelle, par opposition à la faute personnelle ou détachable, ne révélait pas, suivant la formule d'E. Laferrière (65) : « l'homme avec ses passions, ses faiblesses, ses imprudences », mais bien plutôt l'imperfection inéluctable de toute œuvre humaine. Un exemple peut mieux faire comprendre la distinction faite alors : lorsqu'un fonctionnaire brutalisait un usager de son service, sa faute était dite détachable du service et il en répondait seul devant les tribunaux judiciaires ; lorsqu'un fonctionnaire renseignait mal un usager et lui portait ainsi, involontairement, préjudice, il y avait faute de service dont seule répondait l'administration devant les juridictions administratives.

Puis, on s'est avisé qu'un préjudice peut avoir à son origine deux fautes combinées, l'une de ces fautes ayant le caractère personnel ou détachable de l'exercice normal des fonctions — faute dont le fonctionnaire répond lui-même — tandis que l'autre est une faute de service dont la collectivité répond seule (66).

On est ensuite arrivé à la conception qu'un seul et même fait peut, tout en constituant ce qu'on appelle une faute détachable, être en même temps un fait imputable à la collectivité publique et engageant la responsabilité de cette dernière, auquel cas, il y a cumul des responsabilités ; la victime a, en face d'elle, deux responsables pour un même fait (67), et l'administration en vient à répondre d'une faute, détachable du service, commise dans le service ce qui était impensable un demi-siècle auparavant. Des précautions sont prises pour que, de toute façon, l'accident ne soit jamais la cause d'aucun enrichissement pour la victime.

Enfin, depuis 1949, il n'est même plus nécessaire qu'un fait dommageable, même issu d'une faute détachable, ait été commise *dans* le service pour qu'il puisse engager la responsabilité de l'Etat. Il suffit, selon la jurisprudence (68) qu'il ne soit pas « dépourvu de tout lien

---

(65) Conclusions dans l'affaire Laumonnier Carriol T.C., 5 mai 1877.

(66) C.E. 3 févr. 1911, Anguet S. 1912.3.137, note Hauriou : dans cette affaire, il s'agissait d'un usager qui avait été expulsé violemment d'un bureau de poste par des employés alors que ledit bureau avait été fermé avant l'heure réglementaire et avant que cet usager ait terminé ses opérations au guichet. Il y avait donc de la part des employés qui avaient brutalisé l'usager faute détachable, mais de la part des employés qui avaient fermé avant l'heure, faute de service.

(67) C.E., 26 juil. 1918, Lemonnier S. 1918-1919.3.41. Il s'agissait d'une personne blessée par une balle provenant d'un tir organisé, défectueusement, par une commune dont le maire, par ailleurs, avait manqué à son devoir de vigilance alors que le danger lui avait été signalé.

(68) C.E., 18 nov. 1949, demoiselle Mimeur, Defaux et Berthelsemer, D. 1950, 668, note J.G., J.C.P., 1950.5286, concl. Gazier/R.D.P., 1950, p. 183, note Waline. Ainsi dans l'arrêt Mimeur, l'imprudence, hors du trajet, imposé, d'un chauffeur

avec le service » (69). Aussi, à l'heure actuelle, il n'est qu'un cas où l'Etat ne soit pas responsable d'un dommage causé par une seule faute, personnelle à l'agent c'est celui où l'agent a agi hors du service, sans utiliser des moyens procurés par son service.

Il ressort de ces principes jurisprudentiels — qui, en droit administratif, sont presque exclusivement constitutifs de la règle de droit — que malgré l'emploi de termes inconnus du droit privé comme ceux de « faute détachable ou non des fonctions » et malgré, nous l'avons vu, la plus grande étendue de son application, la responsabilité extra-contractuelle de l'Administration s'apparente assez étroitement à la responsabilité des commettants du fait des préposés. Comme nous l'avons déjà remarqué, l'analyse du lien de préposition, dans la mesure où la notion de collaboration au service public implique celle de préposition, se base dans les deux cas sur les mêmes éléments. Par ailleurs, l'administration, comme le commettant de son préposé, répond des fautes de son agent commises dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. N'est-ce pas à ces hypothèses que se ramènent celles du fait dommageable, « commis dans le service » ou « non dépourvu de tout lien avec le service » ? C'est bien ce que pense M. Waline lorsqu'il déclare, évoquant les arrêts Mimeur, Defaux et Besthelsmer (70) : « Ainsi le Conseil d'Etat a tardivement, mais finalement, rejoint la jurisprudence civile sur la responsabilité du commettant du fait du préposé qui a commis un abus de fonctions... » Enfin, l'administration peut exercer un recours contre son agent coupable dans des conditions voisines de celles dans lesquelles un commettant peut agir contre son préposé coupable. Depuis les arrêts Delville (71) et Laruelle (72), en effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat, en substituant, à la subrogation de la collectivité publique dans les droits de la victime contre l'agent responsable (73), le droit direct de cette collectivité contre son agent, a admis le principe de la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires envers l'administration, quand le préjudice que ceux-ci ont causé est imputable à des fautes personnelles, détachables de l'exercice des fonctions.

Malgré cela, il est un certain nombre de juristes qui hésiteraient à

---

de l'administration, faute pouvant être qualifiée de personnelle, a été considérée comme n'étant pas dépourvue de tout lien avec le service .

(69) Le commissaire du Gouvernement Blum, dans ses conclusions de l'affaire Lemonnier, avait déjà proposé de déclarer l'Etat responsable « chaque fois que les moyens et les instruments de la faute ont été mis à la disposition du coupable par le service, ou chaque fois que la victime n'a été mise en présence du coupable que par l'effet du jeu du service ». V. en ce sens Cass. 18 janvier 1962, D. 1963.94.

(70) *Op. cit.*, p. 695.

(71) C.E., 28 juil. 1951, J.C.P. 1952.11.6734, note Eisenmann, R.D.P., 1951, p. 1087, note Waline.

(72) C.E., 28 juil. 1951, J.C.P. 1951.11.6532, note Ribas, R.D.P., références précitées.

(73) Rep. adm. Dalloz, v. Fonctionnaire public, n° 584.

reconnaître une parenté entre la responsabilité civile délictuelle du fait d'autrui et la responsabilité extracontractuelle de l'administration. Il est, en effet, un phénomène qui retient leur attention et leur paraît de nature à entraver tout rapprochement, c'est celui qui consiste, pour l'administration, à ne pas forcément répondre de la faute d'un « préposé » déterminé mais bien souvent d'une défectuosité dans l'ensemble de l'organisation ou du fonctionnement du service, en un mot, d'une faute de service. L'administration, à la différence d'un commettant, répondrait non seulement du fait d'autrui mais aussi d'un fait anonyme, d'un fait de service au sujet duquel elle n'a de recours contre personne.

M. Eisenmann (74) fait justice d'un tel scrupule en des termes précis et convaincants : « La théorie de la « faute du service public » convertit le « service », entité, unité abstraite, en une sorte d'être réel, d'individualité psycho-physiologique capable d'action puisque de fautes, c'est-à-dire de manquement à des obligations qui pèseraient sur lui... La théorie de la « faute du service public » s'avère une manifestation de l'organicisme : seuls des organicistes peuvent avec conséquence la soutenir — cela est tout dire. M. Waline a donc pleinement raison de l'affirmer : dans tous les cas où l'on parle de « faute du service public », il s'agit d'une faute d'agents publics, d'actes commis ou d'abstentions observées par eux et constituant de leur part des fautes... La situation à propos de laquelle on fait appel à cette notion offre un seul trait original : l'auteur de la faute ou ses auteurs ne sont pas individualisés ; on sait seulement, et l'on se contente de savoir, que ce sont certainement des agents publics. Le fonds de vérité se ramène à ceci : la responsabilité... ne suppose pas toujours, pas nécessairement, la détermination de l'agent fautif. Mais ceci ne touche pas au fond des choses, à la réalité des faits, mais uniquement à leur recherche, à leur analyse, à la *preuve*. C'est l'erreur profonde de la doctrine courante que d'avoir cru le contraire. »

L'auteur de ces réflexions constate que, dans ces conditions, la responsabilité civile présente ce même phénomène de fait anonyme, de fait de service dont le dirigeant doit répondre, en matière aussi bien de la responsabilité des personnes morales de droit privé que de responsabilité des particuliers, lorsque les uns ou les autres gèrent une activité à caractère collectif, tel un grand magasin. Il existe donc une sorte de « faute du service privé » et il ne faut pas rapporter « à l'antithèse : droit public-droit privé, des différences qui ont leur source véritable dans l'antithèse : individuel-collectif ».

Il résulte de tout ceci que la responsabilité extracontractuelle des collectivités publiques est vraiment très proche de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui (75). Mais il faut avouer que si c'est là un

---

(74) Loc. cit., n° 751, M. Chapus (*op. cit.*, pp. 205 & 206) exprimera plus tard une pensée identique à la sienne.

(75) Cf. M. Chapus *op. cit.*, p. 229 écrit : « L'étude des jurisprudences adminis-

fait patent, il n'en est pas moins bien surprenant. En effet, l'arrêt Blanco (76), interprétant la loi sur la séparation des autorités administratives et judiciaires, avait soustrait les difficultés contentieuses nées de la gestion d'un service public à la compétence des tribunaux judiciaires et du même coup à l'application des règles du droit privé. Si depuis l'arrêt dit du Bac d'Eloka (77) la portée de cette célèbre décision a été restreinte au cas des services publics purement administratifs par opposition aux « services publics de caractère industriel ou commercial », il n'en reste pas moins qu'un large secteur de la responsabilité extracontractuelle des collectivités publiques est réservé à l'application du droit public. Si bien qu'en rapprochant cette dernière de la responsabilité civile délictuelle d'autrui, on en vient à rapprocher droit public et droit privé de la responsabilité (78).

Or il est certain que, pour ceux qui considèrent qu'une cloison étanche s'élève entre les deux branches privée et publique du droit, toute idée de rapprochement apparaît comme une hérésie juridique (79). Pourtant, sans vouloir reposer ce problème « métajuridique » qui a passionné et passionnera les juristes tant que le droit privé n'aura pas été absorbé par le droit public — ce que l'on ne saurait raisonnablement souhaiter — l'on peut remarquer qu'il est logique, que c'est même un signe d'équilibre intellectuel, voire moral, pour un pays de s'inspirer, dans l'élaboration de ses différentes disciplines juridiques, de principes qui leur seront communs (80). Certes, les techniques ne peuvent être les mêmes selon que l'on désire régir les activités privées ou les activités des collectivités publiques : la nature même des sujets de droit impose les structures juridiques qui leur sont le mieux appropriées. Mais, il est normal et salutaire que le fondement dont dérivent ces diverses structures soit un, évoquant ainsi une source dont les eaux se

---

trative et judiciaire établit la concordance rigoureuse des éléments exigés, en matière de responsabilité publique et en matière de responsabilité privée, pour que l'acte d'un agent public ou d'un préposé privé engage la responsabilité de la collectivité publique ou du commettant. »

(76) T.C., 8 fév. 1873. D. 1873.3.17. Concl. David.

(77) T.C. 22 janv. 1921. S. 1924.3.34. Concl. Matter. D. 1921.3.1., concl. Matter.

(78) Sur l'identité de traitement des responsabilités publique et privée, se référer à l'unité que réalise en matière d'accidents de la circulation la loi du 31 décembre 1957. N° 57.1424 qui attribue aux tribunaux judiciaires compétence pour statuer sur les actions en responsabilité nées de dommages causés par tout véhicule de l'administration et dirigées contre une personne morale de droit public (*J.O.* 5 janv. 1958, p. 196). Cf. aussi la note de M. Liet-Veaux sous les arrêts du T.C. 25 mars 1957 (Issard-Slimane). Rev. Admin., 1957, p. 247.

(79) Idée admise au contraire par MM. Marty et Raynaud. Droit civil II, 1er vol. *Les obligations*, n° 420 : « Un rapprochement sensible et fondamental peut-être, à bon droit, marqué entre les deux systèmes public et privé de responsabilité (du fait d'autrui). »

(80) Sur l'unité d'ordre juridique, voir note Vedel sous Trib. civ., Seine, 5 déc. 1952. J.C.P., 1953 11-7371 : « ... Or bien entendu, droit administratif et droit civil ne sont que deux « systèmes juridiques » différents au sein d'un même ordre juridique... »

partagent pour irriguer en des méandres qui leur sont propres des terres démembrées.

C'est ainsi, et notre étude relative à l'activité médicale nous permettra de le vérifier, que la responsabilité extracontractuelle des collectivités publiques d'une part et la responsabilité civile délictuelle du fait d'autrui d'autre part, offrent des points de ressemblance dans leur mécanisme sans pour autant s'identifier et cela parce que toutes deux sont issues, au moins à la base, du principe que nous avons déjà reconnu être à la source de la responsabilité civile du fait d'autrui (81) : la responsabilité du chef. Car c'est bien là, en fin de compte, que l'on trouve, une fois encore, la raison d'être essentielle, sinon la seule nous le verrons, de cette « garantie » par laquelle beaucoup d'auteurs expliquent, de façon incomplète, la responsabilité des collectivités publiques pour les fautes de leurs agents identifiés ou non. Les collectivités publiques, lorsqu'elles gèrent un service, commandent presque toujours leurs agents, les conseillent, les dirigent, veillent au moins à ce qu'ils agissent conformément à la finalité du service. Et, elles ont un intérêt — la plupart du temps moral, consistant en la recherche d'un meilleur ordre social — à ce que le service « tourne rond » telle une machine en parfait état de rendement. Le service public de santé est, plus que tout autre peut-être, l'objet de cette préoccupation de bon fonctionnement. Ainsi les collectivités publiques peuvent être regardées, selon le critère de M. Savatier que nous avons apprécié et admis en matière de responsabilité civile du fait d'autrui, comme des chefs et des chefs responsables qui doivent garantir la tâche à laquelle ils président.

*
* *

Après avoir, dans la perspective du problème médical, effectué ce tour d'horizon de la responsabilité du fait d'autrui en droit commun privé et public, il semble que nous pouvons à juste titre acquérir la conviction que si cette responsabilité est diverse dans ses manifestations, elle est une dans son inspiration. Cette inspiration s'exprime en un beau principe d'honneur, venu du fond des âges et qui se transmet même aux siècles les plus désabusés, ce qui est le témoignage même de sa valeur :

Celui qui est fort et qui *commande* ou organise parce qu'il est fort, doit couvrir les actes de ceux qui, par vocation ou nécessité, ont choisi de collaborer avec lui à la tâche à laquelle il s'est consacré.

Guidé par une telle conviction, ainsi que par les éléments que nous avons recueillis tout au long de ce rappel des règles fondamentales de la responsabilité du fait d'autrui en droit commun, nous allons pouvoir aborder l'étude approfondie de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui. Comme nous l'avons déjà dit, nous l'envisagerons dans le secteur privé et dans le secteur public de la médecine.

---

(81) Cf. *supra*, p. 27.

Dans le secteur privé, nous examinerons, d'une part la responsabilité des médecins et cliniques à direction médicale du fait de l'activité médicale d'autrui, d'autre part la responsabilité, du fait de cette même activité, des personnes étrangères au monde médical.

Dans le secteur public, nous considérerons la responsabilité des collectivités publiques du fait de l'activité des médecins et du personnel médical auxiliaire et nous nous demanderons dans quelle mesure subsiste, à l'intérieur de ce cadre administratif du service de santé, la responsabilité des médecins du fait de ce même personnel.

PREMIERE PARTIE

RESPONSABILITE DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI DANS LE SECTEUR PRIVE

TITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ DES MÉDECINS DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI

A quel titre, dans le secteur privé de la médecine, les médecins peuvent-ils être déclarés responsables de l'activité médicale d'autrui ? Est-ce en tant que commettants, du fait de leurs préposés, ou est-ce en tant que débiteurs ayant assumé, à l'égard du malade, une obligation contractuelle ?

La chambre Civile de la Cour de Cassation, par un arrêt célèbre du 20 mai 1936 (82) rendu sur conclusion du Procureur Général Matter et au rapport du Conseiller Josserand, a posé un principe, sur lequel la jurisprudence n'est jamais revenue et dont nous ne justifierons pas le bien-fondé car cela nous entraînerait hors de notre propos : « il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat, comportant pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade... du moins de lui donner des soins... consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; ... la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle. »

Il résulte de cette affirmation et de ce que nous avons dit, précédemment, en étudiant la responsabilité du fait d'autrui en droit commun, que lorsqu'un malade qui s'est confié à un médecin est victime d'un dommage causé par l'activité médicale d'un tiers introduit par ce médecin dans l'exécution de son obligation, celui-ci en est responsable selon les règles de la responsabilité contractuelle.

Cependant, il faut considérer aussi l'hypothèse où le malade ne s'est pas confié à un médecin, en général parce qu'il n'avait pas la possibilité physique de le faire. Or, un médecin s'est quand même penché sur lui, s'est préoccupé de le soigner. Il n'y a, en ce cas, aucun contrat entre ce

---

(82) S. 1937.1.321 et note *Breton* D. 1936.1.88, rapport *Josserand*, concl. *Matter* et note E.P. La Chambre civile s'était déjà prononcée dans le même sens : Civ. 8 fév. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.1.734.

malade et le médecin. Si un dommage est causé audit malade par l'activité médicale d'une personne relevant de l'autorité de ce médecin, il n'y aura pas lieu à responsabilité contractelle du médecin du fait d'autrui, mais peut-être à responsabilité délictuelle du médecin du fait de son préposé. Certains voient même là une responsabilité quasi-contractuelle dérivant du quasi-contrat de gestion d'affaires que le médecin aurait fait naître. Nous apprécierons, plus loin, le bien fondé de cette assertion.

Certes, cette hypothèse de soins donnés spontanément par un médecin à un malade qui ne l'a pas prié de les lui assurer est relativement rare dans les faits. Encore se réalise-t-elle ; aussi l'envisagerons-nous, après avoir étudié la responsabilité, du fait de l'activité médicale d'autrui, du médecin qui a *contracté* avec un malade.

Nous examinerons aussi la nature de la responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale d'autrui à l'égard des ayants-cause de la victime.

Enfin, nous jetterons un regard sur quelques cas marginaux dans lesquels il semble que ce ne peut être la responsabilité *contractuelle* du médecin du fait d'autrui qui soit engagée.

Chapitre Premier

RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DES MÉDECINS DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI

Nous avons vu, lors de notre étude de la responsabilité du fait d'autrui en droit commun, que la responsabilité contractuelle du fait d'autrui se réalise par le mécanisme des règles relatives à l'inexécution du contrat. Lorsqu'un débiteur ne peut exécuter l'obligation qu'il a assumée et que cette inexécution est due au fait d'un tiers qu'il a introduit dans l'exécution du contrat, il est responsable de cette inexécution parce que le fait du tiers ne lui est pas étranger et ne peut donc l'exonérer dans les conditions prévues par l'article 1147 du Code Civil.

Aussi, pour savoir de l'activité médicale de quelles personnes un médecin est responsable, contractuellement, et de quelles fautes dans cette activité médicale il est responsable, il faut se poser deux questions, et se les poser dans l'ordre suivant :

Quelle est l'étendue de l'obligation contractée par le médecin à l'égard du malade ? Quand y a-t-il inexécution de cette obligation ?

Quelles personnes, exerçant une activité médicale, un médecin introduit-il ordinairement dans l'exécution de cette obligation, de telle sorte qu'il répond de l'inexécution due à leur fait ?

Section Première

ETENDUE DE L'OBLIGATION CONTRACTEE PAR LE MEDECIN A L'EGARD DU MALADE

L'arrêt précité de la Cour de Cassation du 20 mai 1936 détermine l'étendue de cette obligation en une formule gravée dans tous les esprits mais que nous répèterons pour bien en préciser les contours : le contrat médical comporte pour le praticien « l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade... du moins de lui donner des soins... consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science... ».

Ainsi, et pour employer une formule chère à MM. Mazeaud — formule, il faut le dire, très commode — le médecin n'est pas tenu d'une « obligation déterminée » à savoir guérir le malade, ce qu'on ne peut raisonnablement exiger de lui (83), mais d'une « obligation générale de prudence et diligence » assez particulière, il est vrai, puisqu'elle ne consiste pas seulement en « soins consciencieux et attentifs », mais encore en des soins qui « réserve faite de circonstances exceptionnelles » doivent être « conformes aux données acquises de la science ». La jurisprudence peut seule nous éclairer sur la portée pratique de sa conception, nous indiquer ce qu'elle considère comme des soins peu consciencieux et inattentifs, comme des soins non conformes aux données acquises de la science.

Le fait est qu'il y a là une détermination très délicate à effectuer dans l'absolu et plus encore pour les profanes que sont les juristes en matière médicale. Comment ceux-ci, ignorant presque totalement le fonctionnement de l'organisme humain, la nature et le processus des maladies qui peuvent l'affecter, les techniques thérapeutiques aptes à lui rendre la santé, peuvent-ils marquer judicieusement la frontière entre les soins médicaux consciencieux et attentifs et ceux qui ne le sont point ?

Les juges, il est vrai, ne se reconnaissent pas le droit d'apprécier la technique médicale ni le diagnostic du médecin. Ce principe a été affirmé à plusieurs reprises par la jurisprudence (84). Mais encore faut-il bien comprendre dans quel sens exactement ils écartent ce domaine de leur examen. En effet, de très nombreuses décisions de jurisprudence attestent la sanction par les tribunaux de fautes de technique médicale. Nous ne citerons, parmi elles, que quelques exemples de nature à nous en persuader :

La Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, le 21 juillet 1947 (85) affirmait qu'il incombe au chirurgien, avant l'opération, d'examiner l'état du malade non seulement au point de vue de l'affection locale qu'il a à traiter, mais encore au point de vue de la réalisation des conditions que comporte l'intervention et qui rentrent dans la seule compétence du praticien à l'attention et à la vigilance duquel le malade se confie.

La Cour de Paris, le 10 février 1954 (86) considère que se rend coupable du délit d'homicide involontaire le chirurgien qui néglige de vérifier, avant de procéder à une opération, si le blessé a subi une piqûre antitétanique et commet ainsi une faute professionnelle qui a été la cause directe du décès du blessé à la suite d'un tétanos généralisé.

La Cour de Cassation, récemment encore (87), a déclaré qu'après

---

(83) « Je le pansai, Dieu le guérit », disait Ambroise Paré.

(84) V. notamment arrêt cité *Gaz. Pal.* T.Q., 1951, 1955, v° Médecine, chirurgie, pharmacie, n° 185 et s.

(85) *Gaz. Pal.*, 1947.2.202.

(86) D. 1954.2.57.

(87) Cass. civ., 31 mai 1960, J.C.P., 1961, 11.11.914.

avoir relevé sur expertise deux fautes à la charge d'un chirurgien (abstention de procéder à un examen biologique préalable que la gravité de l'opération « imposait » et défaut de vérification de la présence, à sa clinique, d'ampoules d'adrénaline) fautes qui avaient aggravé les risques de l'intervention chirurgicale à l'égard d'un malade décédé au cours de l'opération, une Cour d'Appel ne peut rejeter l'action en responsabilité en affirmant qu'il n'y a aucun lien de causalité entre ces fautes et le dommage causé.

Par conséquent, ce n'est pas tant la technique médicale et le diagnostic que les juges refusent d'apprécier ; ce qu'ils craignent c'est — comme ils l'ont reconnu eux-mêmes (88) de « s'immiscer dans l'examen de théories ou de méthodes controversées » et ils désirent ne se « prononcer qu'avec circonspection » et s'entourer « au besoin de garanties scientifiques nécessaires ».

Ces limites étant posées et ces conditions réunies, les tribunaux — judiciaires tout au moins — sont prêts, dans un souci constant de protéger le malade, à sanctionner, quoiqu'on ait dit, la plus légère faute du corps médical. Nous disons bien « quoi qu'on ait dit » parce que longtemps et même encore aujourd'hui, d'aucuns ont cru et croient que seule une faute lourde peut engendrer la responsabilité d'un membre du corps médical. A leurs yeux, en effet, il faut distinguer la faute professionnelle, que l'on doit apprécier avec une sévérité inversement proportionnelle au caractère difficile et aléatoire de l'art pratiqué, de la faute commise dans une activité banale — même annexe à cet art — et dont la plus petite manifestation doit entraîner réparation.

Nous le verrons dans un instant, une doctrine et une jurisprudence bien inspirées se sont efforcées de faire revenir tous les esprits à une plus saine conception de la faute susceptible d'entraîner la responsabilité du médecin. Une faute est une faute ; dès qu'elle existe, la personne qui en subit les fâcheux effets doit obtenir, dans la mesure du possible, leur effacement. On objectera, peut-être, que si en matière de responsabilité délictuelle, en effet, la « levissima culpa » engage, il n'en va pas de même sur le plan contractuel — or, c'est bien sur ce plan que nous nous plaçons pour le moment — où la faute s'apprécie dans sa gravité relativement à l'étendue de l'obligation imposée par le contrat.

Cette opposition couramment faite, il est vrai, entre les fautes délictuelle et contractuelle, repose sur la même confusion que nous avons souhaité dissiper lorsque nous avons parlé de la responsabilité contractuelle (89). Celle-ci, nous l'avons dit, ne repose pas forcément sur la faute, dont on se préoccupe peu, en fait, afin d'assurer le respect le plus scrupuleux de la parole donnée, mais bien sur l'inexécution de l'obli-

---

(88) Montpellier, 14 déc. 1954, repris et approuvé par Cass. Civ., 1re sect., 1er juillet 1958. *Gaz. Pal.*, 1958.2.145.

(89) Cf. *Supra*, pp. 24 et 25.

gation. Or, l'inexécution est nécessairement circonscrite par les contours de l'obligation. Ainsi, et pour ne pas nous perdre dans une discussion trop générale, le contrat médical impose au médecin, nous l'avons vu, l'obligation de donner des soins « consciencieux, attentifs et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ». Il n'y aura, évidemment, inexécution de la part du médecin que lorsque les soins qu'il aura prodigués ne revêtiront point ces qualités. Si le médecin a commis une erreur de diagnostic ou de thérapeutique en soignant un malade atteint d'une affection dont la science, pour le moment, ne peut lever le mystère, il ne faut pas confondre et dire qu'il a commis une faute légère insusceptible de le rendre responsable, mais bien affirmer qu'il n'y a pas inexécution de son obligation parce que celle-ci n'impliquait pas l'administration de soins plus éclairés que n'est éclairée la recherche scientifique contemporaine. Mais dès que le médecin aura commis la plus petite négligence dans des soins que n'importe quel autre de ses confrères (90) pouvait donner « conformes aux données acquises de la science », il y aura de sa part inexécution de son obligation et par là responsabilité. Une fois encore la notion et le terme d'inexécution, en matière de responsabilité contractuelle, conviennent beaucoup mieux que ceux, traditionnels, de faute, à la compréhension du régime de ce type de responsabilité.

Il est dommage que la doctrine et la jurisprudence désireuses de faire rentrer la responsabilité médicale dans le cadre de la responsabilité de droit commun n'aient pas réformé en ce sens leur vocabulaire. Néanmoins, leur position est claire et ferme : l'inexécution la plus légère de l'obligation assumée par le médecin entraîne sa responsabilité.

Encore faut-il que cette inexécution soit perceptible par le juge éclairé, éventuellement, par l'expert, assez perceptible même pour que le juge, l'esprit alerté, puisse recourir aux lumières de l'expert.

MM. R. et J. Savatier, Auby et Péquignot dans leur traité de Droit Médical (91) ont exprimé leur opinion en ce sens de façon à la fois si nette et si complète que nous leur laissons la parole :

« ... Si désireux que soit un juge de sanctionner chez les médecins, même des fautes techniques légères, il n'est en situation de les découvrir et de les qualifier que si elles ont des dimensions suffisantes pour l'œil d'un profane. Inversement, si conscient que soit le juge de la nécessité de préserver les initiatives médicales d'une continuelle censure juridique, il viendra au secours du malade dès qu'il le trouvera victime d'une violation *certaine*, même involontaire, d'un *devoir* médical. On ne peut donc, ici, séparer le fond de la preuve...

« ... Voilà ce que veulent marquer les décisions les plus modernes et les mieux rédigées, qui souvent émanées de la Cour de Cassation, ne retiennent à la charge du médecin que « ses fautes caractérisées » ou avec plus de précision celles qui attestent une « méconnaissance certaine

---

(90) Cf. en ce sens : *H. & L. Mazeaud et A. Tunc : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* 1957. T. I, p. 569.

(91) 1956, pp. 292 & 293.

de ses devoirs ». Conception de laquelle il résulte nécessairement que beaucoup d'actes qui, dans une activité banale, seraient qualifiés de fautes, ne pourront l'être en matière médicale... » Telle était déjà, quelques années plus tôt, la position — moins affinée cependant — de M. Mazen (92) et de Mme Rodet (93). De même, MM. H. et L. Mazeaud et Tunc (94) pour leur part ne voient aucune raison, au contraire, de distinguer la faute banale de la faute professionnelle.

Quant à la jurisprudence, si en 1904 (95) la Cour de Cassation exonère un médecin qui n'a pas commis de faute lourde, en 1946 (96) la Cour de Grenoble déclare, expressément, que rien n'exige pour l'existence de la responsabilité contractuelle du médecin, une faute lourde, grave, aucun texte ne dispense le médecin de répondre d'une faute même légère pourvu qu'elle soit caractérisée. En 1950 (97) la Cour de Paris prononce dans le même sens ; en 1955, M. Crépeau peut assurer que « la jurisprudence française fait rentrer aujourd'hui la responsabilité médicale dans le cadre du droit commun et que toute erreur ou négligence certaine de la part d'un médecin entraînera sa responsabilité civile devant les tribunaux ». Il ajoute qu'en droit anglais la conception est identique (98).

La Cour de Cassation, dans un très récent arrêt (99), consacre cette thèse dans une formule lapidaire placée en tête de ses considérants, après le seul visa de l'art. 1147 C. Civ. : « attendu que *toute* faute du médecin engage sa responsabilité... »

---

(92) Essai sur la responsabilité civile des médecins. Thèse, Grenoble, 1934, p. 230 & s.

(93) La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence actuelle. Thèse, Lyon, 1937, p. 227 & s.

(94) Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5e édition, 1957, p. 566. « ... Il importe aussi de sauvegarder les malades, de ne pas les laisser à la merci des médecins maladroits ou imprudents et, d'autre part, de leur donner confiance dans la médecine et de ne pas les décourager de faire appel au médecin en leur affirmant que celui-ci ne répond que de ses fautes lourdes... »

(95) Cass. Req., 2 août 1904. D. 1908.1.574.

(96) 4 nov. 1946. D. 1947.1.79.

(97) 16 janv. 1950. D. 1950. J. 169.

(98) Responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier (étude comparée des droits français, anglais et québécois), thèse, Paris, 1955, p. 209.

V. cependant Limoges, 25 oct. 1955, J.C.P. 1956.11.9021 qui semble rechercher la faute lourde d'un chirurgien et la note de M. *Savatier* qui déclare : « L'idée de rendre les médecins responsables, devant les tribunaux de *toute* faute quelconque, méconnaît l'inadaptation des techniciens du droit à une technique aussi différente de la leur que la technique médicale... ». Nous avons, pensons-nous, exprimé suffisamment notre point de vue pour ne pas apporter de nouvelle critique à cette opinion. Nous nous résumerons en quelques mots : il n'y a pas de faute légère ou grave, il y a exécution ou inexécution de l'obligation médicale.

(99) Civ. 1re sect. civ., 30 octobre 1963 et note R. Savatier. D. 1964. J. 81. On relèvera que l'arrêtiste tente, comme nous l'avons fait ci-dessus, de placer cette formule dans le contexte contractuel, quand il déclare : « On cherche, vainement le mot faute (dans l'art. 1147 c. civ.)... c'est l'inexécution de l'obligation qui rend l'obligé responsable quand celui-ci ne peut invoquer aucune cause étrangère. »

Nous n'allons pas considérer en détail et pour chaque catégorie de soins médicaux la frontière que la jurisprudence a tracée entre l'exécution et l'inexécution de l'obligation du médecin, car cela serait hors de notre propos. Par contre, lorsque nous étudierons l'activité des personnes que le médecin introduit, ordinairement, dans l'exécution de cette obligation, il nous arrivera, fréquemment, de nous reporter à la jurisprudence relative à sa responsabilité personnelle puisqu'aussi bien en matière contractuelle, nous l'avons vu, celle-ci est la source même de la responsabilité du fait d'autrui.

Avant de terminer cet examen de l'exécution personnelle de l'obligation médicale dont l'exécution par autrui sera le reflet parfait, nous tenons à préciser un point relatif à la *preuve* de la responsabilité du médecin.

Bien sûr, c'est celui qui allègue cette responsabilité qui en a la charge. A lui incombe, donc, comme dans toute demande de réparation d'un préjudice, la preuve de celui-ci, celle de l'inexécution par le médecin de son obligation de soins et celle du lien de cause à effet entre l'inexécution et le préjudice. Tout cela serait assez banal si justement en matière de préjudice causé par l'activité médicale, le lien de causalité n'était pas si difficile à établir.

En effet, lorsqu'un malade se plaint d'une radiodermite, lorsqu'il se plaint d'avoir contracté une gangrène ayant nécessité l'amputation d'un membre, lorsque des ayants cause imputent à un médecin la mort d'un malade et que tous prouvent l'inexécution par le médecin de son obligation de soins consciencieux, une question se pose : cette radiodermite, cette gangrène, ce décès ont-ils pour cause unique et déterminante l'inexécution par le médecin de son obligation de soins ? Ou bien, au contraire, ne sont-ils pas dûs à des réactions physiologiques que rien ne pouvait prévenir, même pas une extrême prudence et diligence du médecin traitant ?

Cette question reste souvent sans réponse. M. le Professeur J. Chevallier dans son Cours de Doctorat de l'année 1960-1961 sur l'inexécution du contrat synallagmatique (100) faisait remarquer combien, en matière juridique, la recherche de la cause efficiente est plus difficile qu'en matière scientifique, surtout, et essentiellement, lorsqu'il y a pluralité de causes. En effet, lorsque le physicien, le chimiste ou le naturaliste recherche la cause d'un phénomène, il peut recourir à l'expérimentation, alors que lorsque le juriste recherche la cause d'un fait pour lequel, en général, il est demandé justice, il ne peut recourir à l'expérimentation : il ne peut pas faire que ce qui a été ne soit pas ; il ne peut pas faire varier un facteur, toutes choses étant égales d'ailleurs, pour savoir si celui-ci est la cause efficiente du fait invoqué. Ces réflexions étaient inspirées au Professeur Chevallier par un arrêt de la Cour de Cassation,

---

(100) Non publié à notre connaissance.

que nous avons déjà cité (101), relatif au cas d'un malade décédé en cours d'opération alors que le médecin avait omis de procéder à un examen biologique préalable et de vérifier la présence à sa clinique d'ampoules d'adrénaline. La Cour Suprême a retenu la responsabilité du chirurgien. L'on pourrait pourtant se demander si le malade ne serait quand même pas décédé alors que ces deux précautions auraient été prises. Il aurait fallu, pour en être sûr, ressusciter le malade et recommencer l'opération, après avoir pris ces dites procautions. Seulement, cela était impossible. Ce qui a poussé la Cour de Cassation à rendre le médecin responsable de la mort du malade, c'est que ces deux omissions « avaient aggravé les risques de l'intervention chirurgicale ». C'est tout ce que l'homme peut dire en fait, devant certains mystères de l'organisme humain.

Plus audacieuse, et peut-être trop sceptique, la même haute juridiction affirmait tout récemment (102), pourtant, qu'en admettant qu'un médecin ait commis une faute en laissant des compresses dans une plaie pendant une durée inhabituelle, rien n'établissait, cependant, que cette faute ait provoqué ou seulement aggravé l'état infectieux du malade et ait été pour lui la source d'un quelconque préjudice.

Quoi qu'il en soit, retenons la difficulté qui se pose, lors de l'établissement du lien de causalité, entre l'inexécution de l'obligation médicale et le préjudice. Cette difficulté, il faut le reconnaître, se présente en définitive, plus pour le juge que pour la victime, puisque cette dernière ayant plus ou moins péremptoirement affirmé que l'inexécution de son obligation par le médecin lui causait un préjudice certain, c'est au juge à apprécier le bien-fondé d'une telle allégation.

Il y aurait un certain nombre de cas pour lesquels le problème de la preuve, donc du lien de causalité entre l'inexécution de l'obligation et le préjudice, serait réduit aux yeux de certains à sa plus simple expression ; ce seraient ceux dans lesquels le médecin, au lieu d'assumer une obligation de prudence et diligence, contracterait une obligation de résultat. Lorsque le résultat promis ne serait pas obtenu et que cela serait prouvé, l'inexécution serait prouvée par là-même et entraînerait à la charge du médecin une obligation de réparation. Ces cas sont rares et discutables, disons-le tout de suite.

Le cas principal serait celui de la chirurgie esthétique, laquelle n'aurait aucun but curatif mais seulement celui de redonner au corps humain qu'une malconformation, un accident ou l'âge, a rendu disgracieux, un aspect sinon agréable du moins « présentable ». La jurisprudence, à une certaine époque, décidait, à la grande émotion du corps médical, que lorsqu'une opération esthétique ne réussissait pas, la victime pouvait toujours se faire indemniser par le chirurgien (103). Mais

---

(101) Cass. Civ. 1re, 31 mai 1960. J.C.P., 1961.II.914. V. p. 46.
(102) Civ. 1er Sect. Civ., 25 oct. 1961. D. 1962. Somm. 72.
(103) Trib. Seine, 25 fév. 1929. *Gaz. Pal.* 1929.I.424 ; Trib. Lyon, 3 janv. 1936. D.H.1936, p. 128.

la Cour de Paris, le 12 mars 1931 (104) avait eu plus de modération en déclarant que dans ces sortes d'interventions, le chirurgien doit prendre un soin tout particulier pour prévenir exactement son client des risques à courir et c'est là qu'elle releva la négligence sur laquelle elle fonda la condamnation. Peu à peu, une nouvelle jurisprudence a repoussé de ce contrat médical, l'obligation de résultat que l'on voulait imposer au médecin et a précisé les contours particuliers d'une obligation de prudence et diligence (105).

Il est un cas encore pour lequel certains n'ont point voulu voir une obligation de prudence et diligence à la charge du médecin, c'est celui de la prothèse dentaire. Afin de permettre au patient d'engager la responsabilité du dentiste, sur la seule constatation de l'imperfection de l'appareil qu'il a placé, la jurisprudence est allée jusqu'à voir un contrat de vente à l'essai dans le contrat passé entre le dentiste et son client (106). M. Weill, dans sa note sous l'arrêt de Metz précité en note, critique une telle conception, contraire à l'intention des parties et au but du contrat et lui préfère une théorie de l'obligation de résultat dans laquelle le dentiste ne se comporterait pas autrement qu'un artisan qui prend un travail à l'entreprise et s'engage à fournir un objet fabriqué dans des conditions irréprochables. C'est à cette théorie que se réfèrera un mois plus tard la Cour de Dijon (107), tout en la nuançant, partiellement, par celle de l'obligation de prudence et diligence, ce qui, il faut l'avouer, lui fait perdre beaucoup de son originalité tout en lui accordant plus de réalisme. M. Weill l'avait d'ailleurs bien ainsi conçue (108).

Il a été affirmé encore que le médecin qui procède à des recherches de laboratoire s'engage à fournir au patient des résultats exacts, et non à mettre en œuvre des soins consciencieux et diligents. En fait, si l'on veut considérer, avec attention, un arrêt de la Cour de Toulouse (109) qui expose une telle opinion, on se rend compte qu'une obligation de cette sorte n'est imposée au chirurgien que lorsqu'il se livre à des travaux ne comportant, en l'état des données acquises de la science, aucun aléa ; ceci revient à dire, selon une méthode employée pour l'analyse du comportement médical « de droit commun » qu'un médecin moyen, normalement consciencieux et diligent, ne peut faire erreur en la matière. L'obligation du médecin, dans ce cas, ne présente donc aucune originalité.

---

(104) S. 1931.2.129 et note H. Perreau.

(105) V. en ce sens Paris, 1er Ch., 13 janv. 1959. J.C.P.1959.II.11.142 ; Paris 7e Ch., 20 juin 1960, *Gaz. Pal.*, 1960.II.169 ; Paris 1re ch., 5 juin 1962. J.C.P.1962.II.12.309. V. Toulemon : Responsabilité dans la chirurgie esthétique. S. 1962, chr. p. 13.

(106) Metz, 13 déc. 1951. J.C.P. 1952.II.6909 et note Weill.

(107) 24 janv. 1952. D.1952.J.171.

(108) « L'étendue de l'obligation de résultat que l'on mettrait ainsi à la charge du dentiste doit d'ailleurs, de toute évidence, être cantonnée dans des limites raisonnables : le rétablissement fonctionnel de la mastication est d'une réalisation trop incertaine pour que le dentiste puisse le garantir. L'étendue de l'obligation de garantie, c'est essentiellement à l'homme de l'art de la déterminer... » In note précitée.

(109) Toulouse, 14 déc. 1959. J.C.P. 1960.II.11.402 et note Savatier.

Signalons enfin, toujours sur le plan de la preuve à propos de laquelle nous avons été amené à évoquer les soi-disant obligations de résultat assumées parfois par les médecins, une décision de jurisprudence intéressante. Il s'agit d'un jugement du Tribunal Civil de la Seine en date du 30 mai 1938 (110) qui dispose que l'engagement pris par un médecin envers un malade implique pour le premier une obligation de diligence et d'activité, que si une telle obligation est impuissante, en général, à dispenser le demandeur de la preuve d'une faute, il en est autrement *lorsque le résultat procuré par les soins se présente sous une forme gravement dommageable et comme un fait incompatible avec les conséquences d'une thérapeutique normale*, compte tenu de toutes les éventualités même les plus exceptionnelles dont, en son état actuel, l'art médical puisse indiquer les possibilités. Cela est parfaitement raisonnable mais n'y a-t-il pas là en fait un mode de preuve que l'on pourrait qualifier d'« elliptique » ? En effet, dans l'hypothèse évoquée, il ne peut y avoir dommage que s'il y a inexécution de l'obligation de soins consciencieux assumée par le médecin puisque la thérapeutique normale est parfaitement inoffensive. Donc la théorie du Tribunal de la Seine aboutit à une réduction du raisonnement et s'exprime ainsi : il y a dommage, donc il y a inexécution de l'obligation assumée. Il faut se garder d'y voir une obligation de résultat relative aux thérapeutiques anodines.

* * *

Maintenant que nous connaissons l'étendue de l'obligation contractée par le médecin à l'égard de son client et, de ce fait, le genre d'inexécution dont le médecin peut être rendu responsable, nous allons nous demander quelles personnes, exerçant une activité médicale, le médecin introduit dans l'exécution de cette obligation. Pour chacune d'entre elles, nous envisagerons de quelle manière il leur arrive de provoquer l'inexécution de ladite obligation et dans quelle mesure le médecin en répond, en application des principes de sa responsabilité contractuelle.

Section Deuxième

RESPONSABILITE DU MEDECIN DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE DES PERSONNES QU'IL A INTRODUITES DANS L'EXECUTION DE SON OBLIGATION

Nous tenons à préciser, dès maintenant, que nous entendrons la

(110) *Gaz. Pal.*, 1938.2.364.

notion d'activité médicale dans un sens assez large. Nous ne nous bornerons pas à envisager celle qui est réglementée par l'arrêté du 6 janvier 1962 (111).

Nous préférerons considérer comme *activité médicale tout acte que personne ne songerait à accomplir au profit d'un individu bien portant et qui a un but curatif direct* (112) *et également tout acte de nature à révéler ou à prévenir un état pathologique.*

Nous pensons que cette définition nous permettra d'écarter de notre examen un certain nombre d'activités qui sont couramment accomplies au profit d'un malade, surtout en clinique, et qui n'ont pourtant en rien le but curatif poursuivi à son égard, tels la fourniture d'aliments ou l'entretien du local où ce malade demeure. Mais, nous pensons également que cette définition nous permettra de retenir certains actes très humbles, il est vrai, mais qui contribuent, cependant, à la guérison du malade, telle la pose d'une bouillotte dans un lit où l'on vient de déposer un opéré encore sous l'effet de l'anesthésie.

Une activité médicale peut être exercée soit par un médecin, soit par un non-médecin ; ce dernier peut être un étudiant en médecine, un infirmier, voire un profane ayant pris sur lui, pour une raison ou pour une autre, de donner des soins médicaux.

Pour la commodité de l'exposé, nous étudierons la responsabilité du médecin, d'une part, du fait de l'activité médicale d'un médecin, d'autre part du fait de l'activité médicale d'un non-médecin.

Sous-Section Première

RESPONSABILITE DU MEDECIN DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'UN MEDECIN

L'indépendance à laquelle les médecins sont, à juste titre, farouchement attachés (113) et qui constitue, à vrai dire, la condition fondamentale d'une saine pratique de l'art médical, ne met pas obstacle à ce que des liens de collaboration s'établissent entre médecins et, par là-même, à ce que, sur le plan contractuel, un médecin soit responsable de

---

(111) Fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux (*J.O.*, 1er fév. 1962, p. 1.111).

(112) Nous assimilerons le but esthétique au but curatif car en définitive les actes médicaux à but esthétique soignent le plus souvent des corps malades et redonnent, par là-même, l'équilibre psychique à des êtres qui l'ont perdu.

(113) Cf. article 9 du Code de déontologie médicale. « Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit. »

l'activité de l'un de ses confrères qu'il aurait introduit dans l'exécution de l'obligation de soins assumée à l'égard d'un malade (114).

C'est ce que nous allons comprendre en étudiant, successivement, la responsabilité d'un médecin du fait d'un remplaçant médecin et du fait d'un assistant médecin ; en étudiant aussi la responsabilité d'une clinique à direction médicale du fait des médecins qui y exercent à divers titres.

Nous terminerons cet examen en considérant l'hypothèse, relativement neuve et assez particulière, des médecins associés.

§ 1. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale d'un remplaçant.

Il n'est plus discuté par la jurisprudence que la convention par laquelle un médecin confie sa clientèle à un confrère pendant une période déterminée est licite « dès lors qu'elle ne stipule aucune modalité tendant à surprendre la confiance des malades, qu'elle a un caractère temporaire » et, dès lors, enfin, que le remplaçant a la capacité pour exercer la médecine.

Une note de M. Savatier, sous un arrêt de la Cour de Limoges du 25 octobre 1955 (115), pose très exactement les données du problème de la responsabilité du remplacé du fait du remplaçant.

Puisque nous étudions la responsabilité du fait d'autrui, nous écarterons, comme nous l'avons dit (116), de notre propos le cas dans lequel le médecin a choisi son remplaçant avec légèreté ou en infraction avec le Code de la Santé Publique, ce qui entraîne pour lui une responsabilité *personnelle* (117). Ceci fait, nous affirmerons avec M. Savatier qu'« il est essentiel pour apprécier la responsabilité du médecin remplacé, de savoir si c'est à lui que se sont confiés les malades et si c'est lui qui a pris l'engagement de leur assurer des soins convenables, soit par lui-même, soit par autrui... C'est là une question de fait ». (118)

En effet, deux situations peuvent se présenter en matière de remplacement médical :

D'une part, un médecin doit s'absenter de son cabinet pendant un

---

(114) En effet, sur le plan contractuel, nous l'avons vu, le débiteur est responsable du fait d'autrui, *même s'il n'a aucune autorité* sur lui, du moment qu'il s'est fait aider par lui ou qu'il se l'est substitué dans l'exécution de l'obligation qu'il avait contractée.

(115) J.C.P., 1956.II.9021.

(116) Cf. *supra*, p. 13.

(117) C'est cette responsabilité personnelle, résidant dans une faute de choix, que la Cour de Cassation (Ch. Civ., 1re Sect., 29 octobre 1963, *Gaz. Pal.*, 12-14 fév. 1964) retient à la charge d'un médecin qui avait confié son remplacement à un « médecin non spécialiste ne possédant pas l'expérience nécessaire ».

(118) En ce sens, cf. Mazen, *op. cit.*, p. 199.

certain temps. Il demande à l'un de ses confrères de se charger de sa clientèle pendant cette période ; celui-ci accepte, soit en recevant la clientèle de son confrère avec sa propre clientèle à son propre cabinet, soit en se rendant au cabinet du médecin remplacé. Dans ces deux hypothèses, il donnera des consultations à plusieurs catégories de clients : à ceux qui n'ont jamais eu recours au médecin remplacé, à ceux qui y ont eu recours, mais il y a un certain temps pour une affection maintenant guérie, à ceux qui, lors du départ du médecin remplacé, étaient en cours de traitement.

D'autre part, un médecin peut être empêché d'accomplir jusqu'au bout un traitement médical déterminé ; il charge, alors, un de ses confrères de le poursuivre à sa place.

Pour savoir si le remplacé est responsable de l'activité médicale du remplaçant, il faut se demander à qui le malade entendait s'adresser.

Lorsque, dans la première situation, le remplaçant prodigue des soins à des malades qui n'ont jamais eu recours au remplacé ou seulement pour des troubles dont ils ne se ressentent plus, ces malades ont entendu s'adresser au remplaçant, ont entendu contracter avec lui et avec lui seul. En effet, ils pouvaient soit par téléphone lorsqu'ils ont pris rendez-vous, soit lors de leur première visite, refuser leur confiance au remplaçant. S'ils ne l'ont pas fait, c'est de leur plein gré parce qu'ils ont estimé qu'un médecin en vaut un autre, ou encore parce qu'ils ont pensé que leur médecin remplacé ne pouvait avoir choisi comme remplaçant qu'un confrère qu'il estimait.

Dans ces conditions, le contrat médical qui prend dès lors naissance a pour parties le malade et le remplaçant. Le remplacé, lui, y est parfaitement étranger dans la mesure où nous avons admis, par hypothèse, qu'il avait choisi son remplaçant sans commettre de faute. Donc, si un dommage est causé par le remplaçant au malade, le remplaçant en sera responsable ; mais jamais le remplacé ne pourra être inquiété, car pour lui les rapports du médecin remplaçant et de son client sont « res inter alios acta ».

Cette solution de bon sens a été généralement admise par la doctrine (119) et la jurisprudence (120). Remarquons, cependant, qu'un certain nombre d'opinions et de décisions qui dégagent la responsabilité du remplacé se fondent pour le faire sur la notion de préposition, refu-

---

(119) V. notamment *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1929, p. 759 : obligations et contrats spéciaux par R. Demogue. Duchesne : Le remplaçant exerce sous sa seule responsabilité. Conc. médic., 15 avril 1934, p. 1.115. Boudin : Responsabilité du remplacé à cause des actes professionnels du remplaçant. Conc. Méd., 14 fév. 1937.498. Kornprobst : Le responsabilité médicale (Origine. Fondement. Limites), 1947, p. 303. Savatier : Dans sa note sous l'arrêt de Limoges précité. R. et J. Savatier, Auby et Péquignot : *Traité de Droit Médical*, 1956, pp. 306 et 371.

(120) V. notamment, Paris, 24 nov. 1937, J.C.P. 1938.II.509 et les observations. Limoges, 25 oct. 1955, précité.

sant de reconnaître au remplacé la qualité de commettant. Il y a là une confusion que tout au long de notre étude nous avons eu et aurons à cœur de dénoncer : lorsqu'un malade se confie volontairement à un médecin, il naît entre eux un contrat ; or, comme nous l'avons expliqué, la notion de préposition, au sens de l'article 1384, alinéa 5, du Code Civil, ne peut s'appliquer en matière contractuelle. Par conséquent, si le remplacé n'est pas responsable de l'activité médicale du remplaçant c'est, uniquement, parce qu'il n'a contracté à l'égard du malade aucune obligation de soins.

La situation est différente dans le cas où le remplaçant est consulté par des malades dont le traitement était en cours lorsque le remplacé a confié sa clientèle à son confrère ou bien dans le cas où le remplaçant termine un acte médical isolé que le remplacé n'a pu parfaire pour une raison ou pour une autre.

Dans ces hypothèses, les malades ont passé un contrat avec le remplacé. Malgré la conclusion du contrat de remplacement passé entre les deux médecins, le contrat médical originaire subsiste. Il ne pourrait disparaître que si le remplacé entendait se dégager de sa mission, c'est-à-dire de l'obligation assumée par lui au contrat médical — dans les conditions de l'article 36 du Code de Déontologie (121) ce qui ne se produit pas. En effet, on ne peut assimiler l'acceptation du remplaçant par le malade à l'effacement du contrat passé entre le malade et le remplacé : si ce dernier avait entendu se dégager de sa mission, il n'y aurait pas remplacement au sens médical du terme. Et la meilleure preuve que telle n'est pas l'intention du médecin traitant c'est qu'il reprendra le malade en mains si celui-ci est toujours en cours de traitement à la fin du remplacement.

Par conséquent, l'on peut considérer que le remplacé est toujours débiteur à l'égard du malade de son obligation de soins consciencieux. Cette obligation, tant que le médecin qui l'a contractée ne s'en est pas dégagé, ne comporte pas pour lui la possibilité de la faire accomplir à sa place par un confrère alors que lui-même deviendrait, moralement et juridiquement, un étranger pour le malade. Affirmer le contraire serait nier l'« intuitus personae » qui, malgré la dépersonnalisation croissante des rapports médicaux, continue cependant à régir ceux-ci. Peut-être un médecin n'est-il pas irremplaçable, encore les médecins ne sont-ils pas interchangeables !

D'ailleurs, dans ces questions médicales, essentiellement pratiques, il faut, pensons-nous, pour raisonner correctement, définir avec précision l'étendue de l'obligation du médecin ; et cette définition ne peut s'éla-

---

(121) Article 36 du Code de déontologie médicale : « Le médecin peut se dégager de sa mission, à condition :
1° de ne jamais nuire de ce fait à son malade ;
2° de s'assurer de la continuité des soins et de fournir à cet effet les renseignements utiles. »

borer qu'à la lumière de la psychologie et du malade et du médecin.

Il faut se demander : qu'est-ce que le malade attend du médecin ? Qu'est-ce que le médecin a consenti à faire pour lui ?

Bien sûr, le malade sait que le médecin auquel il se confie peut tomber malade, lui-même, en cours de traitement, peut avoir besoin de prendre du repos, en un mot peut être obligé de se faire remplacer. Mais le malade considère, lorsqu'il se remet entre les mains du praticien, que toutes ces hypothèses ne le concernent pas, lui malade, que c'est au médecin qui accepte de le soigner qu'il appartient de s'organiser comme il l'entend.

Aussi, l'arrêtiste qui a consigné ses observations sous l'arrêt de la Cour de Paris précité du 24 novembre 1937 nous paraît dans l'erreur lorsqu'il écrit : « Nous ne croyons cependant pas que dans cette hypothèse la charge d'une responsabilité contractuelle pèserait sur le premier médecin, car les rapports du client avec son médecin reposant sur une confiance strictement personnelle, il faut considérer qu'il intervient avec le remplaçant ou le successeur un contrat nouveau réalisant une situation telle que le premier médecin ne pourrait être recherché que pour la faute ayant consisté à garantir, imprudemment, la capacité d'un confrère nettement inférieur à sa tâche » (122). Il nous paraît dans l'erreur, parce que le fait que, par son acceptation du remplaçant, le malade conclut avec celui-ci un nouveau contrat n'implique nullement que le contrat passé avec le remplacé soit rompu, ni même suspendu. Il n'en serait autrement que si, lors de la conclusion de ce contrat originaire, il avait été prévu qu'il y aurait lieu à remplacement de telle date à telle date, auquel cas le malade se serait confié au médecin traitant en connaissance de cause, sachant que celui-ci s'est engagé sauf pendant la période de remplacement. Dans le cas contraire, le plus fréquent, où rien de la sorte n'est prévu, le médecin traitant s'est engagé à soigner le malade sans restriction ni réserve. S'il arrive à ce médecin de s'absenter ou de ne pouvoir, personnellement, accomplir son obligation, il lui appartient de la faire accomplir par autrui. S'il négligeait de prévoir un tel remplacement, il serait, contractuellement et personnellement, responsable ; si ce remplacement est mal effectué, il doit être contractuellement responsable du fait d'autrui (123).

Le plus souvent d'ailleurs et malgré l'indépendance totale de diagnostic et de traitement dont jouit le remplaçant et qu'affirme avec vigueur M. Guillon dans un ouvrage approfondi sur le remplacement

---

(122) Cf. même sens Kornprobst, *op. cit.*, p. 303. J. Bardoul : Les médecins dans leurs rapports juridiques avec cliniques. *Thèse*, Paris, 1951, p. 137.

(123) MM. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, p. 1.033, note 9 *bis*, déclarent à propos du principe général de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle : « ...On ne voit pas pourquoi, lorsque le débiteur d'une obligation de prudence et diligence fait exécuter cette obligation par un aide ou un substitut (ce qui ne lui est pas toujours interdit et peut en tout cas lui être permis par le créancier), *par exemple lorsqu'un médecin se fait remplacer par un confrère, il ne serait pas responsable du fait de ce substitut.* »

médical (124), le médecin traitant a laissé à la réflexion de son confrère, sur chacun de ses clients, des fiches exposant leur cas, les contre-indications qui les concernent, voire des directives, nous ne disons pas des ordres.

Le malade pour sa part est certain que, sur un patient en cours de traitement, un médecin digne de ce nom ne cesse de veiller, même de loin. C'est un fait que le médecin traitant doit exiger que le remplaçant le tienne au courant de l'évolution de l'état de son malade, qu'il lui en réfère s'il juge utile de modifier le traitement. Ce médecin traitant doit continuer à accomplir son obligation médicale par tout un ensemble de mesures auquel moralement il ne peut se soustraire.

Peu importe, à notre avis, les conventions intervenues entre le remplacé et le remplaçant relativement aux honoraires, qu'il y ait versement d'un émolument par le remplacé au remplaçant ou que le remplaçant perçoive directement les honoraires du malade. Cette question ne regarde en rien ce dernier.

Le remplacé doit donc être déclaré responsable de l'activité du remplaçant qu'il a introduit dans l'exécution d'une obligation *dont le malade ne l'a nullement relevé et dont il ne s'est nullement dégagé*, et cela en application de l'article 1147 du Code Civil (125).

Cette responsabilité a été admise par M. Mazen (126) et dans une certaine mesure par M. Savatier (127), encore que ce dernier parle à tort, pensons-nous, de lien de préposition possible entre le remplacé et le remplaçant.

Il va sans dire que cette responsabilité du fait d'autrui ne fait en rien disparaître la responsabilité contractuelle née de l'accord passé entre le remplaçant et le malade.

M. Savatier (127) porte, sur le contrat de remplacement, une appréciation assez imagée qui mérite d'être signalée : « Ainsi il apparaît que le contrat auquel correspond le remplacement peut être soit simplement angulaire, soit véritablement triangulaire. »

La première image illustre la situation que nous avons d'abord envisagée dans laquelle le remplacé n'entretient aucun rapport avec le malade, alors que le remplaçant en entretient avec le remplacé et avec le malade. La seconde illustre celle que nous venons d'étudier dans

---

(124) 1955, p. 249.

(125) Le Guide Pratique d'exercice professionnel à l'usage des médecins, de l'ordre national des médecins (1956) estime, p. 113, que le remplaçant est personnellement responsable de ses fautes à l'exclusion de toute responsabilité du remplacé, mais néanmoins, il déclare : « Il est... recommandé au médecin qui se fait remplacer de faire inscrire dans sa police d'assurance une clause particulière couvrant le remplaçant éventuel, sous réserve que la compagnie ait été avertie à l'avance de la date et de la durée du remplacement. »

(126) *Op. cit.*, p. 199.

(127) Note sous Limoges, 25 oct. 1955 précitée ; *contra* cependant MM. Savatier, Auby et Péquignot : *op. cit.*, p. 372.

laquelle le remplaçant contracte avec le remplacé et contracte avec le malade tandis que le remplacé a contracté, au préalable, avec le malade : « Le triangle est alors fermé chacun des intéressés ayant contracté avec chacun des deux autres. Et dans ce cas, le contrat du remplacé avec le malade fait naturellement jouer, au profit du second contre le premier, la responsabilité contractuelle médicale du fait d'autrui. »

Il est une hypothèse où l'on peut se demander dans quelle mesure le médecin-traitant s'est engagé à prodiguer des soins continus, c'est le cas des malades chroniques. Il ne s'agit plus pour le médecin de mener à bien un traitement entrepris, mais de soulager le patient chaque fois qu'il fait appel à lui. En ce cas, si cet appel du patient se produit pendant une période de remplacement, on peut assimiler, semble-t-il, le malade chronique au malade non en cours de traitement et dégager la responsabilité du remplacé. Mais il est difficile de déterminer à partir de quand un malade devient un « chronique ». Comme pour toutes les distinctions à établir dans les situations de fait, on risque d'aboutir à l'arbitraire.

Avant d'en terminer avec la responsabilité du remplacé du fait du remplaçant, nous allons considérer une situation qui nous permettra de mettre en relief les motifs qui nous ont guidé dans la détermination de cette responsabilité.

Si un dommage est causé au malade par le remplacé après que le traitement ait été commencé par le remplaçant, ce dernier doit-il être responsable du remplacé ?

Nous ne le pensons pas. En effet, le remplaçant, à la différence du remplacé, n'a pas pu s'engager envers le malade à mener à bien le traitement entrepris, puisqu'à la fin de la période de remplacement, il sera obligé de se retirer et peut-être de revenir dans une région éloignée de la résidence du malade. Il n'a pu s'engager qu'à le soigner *pendant la période de remplacement* : le remplacé, lorsqu'il revient à son cabinet, n'est donc en rien le remplaçant du remplaçant et celui-ci ne peut être en rien responsable de l'activité du remplacé.

Le contrat de remplacement évoque trois situations voisines assez particulières dans lesquelles on peut encore se demander s'il y a responsabilité d'un médecin du fait d'un autre.

Lorsqu'un médecin *cède* son cabinet à un autre médecin — dans la mesure et dans les formes où cette cession est juridiquement possible — le cédant est-il responsable de l'activité de son successeur exercée sur des malades en cours de traitement lors de la cession ?

Il semble bien que cette fois-ci, il faille répondre par la négative, car le médecin se trouve alors dans l'hypothèse prévue par l'article 36 du Code de Déontologie Médicale (128), il se dégage de la mission qu'il

(128) Cf., note 121.

a assumée à l'égard du malade. En effet, lorsqu'un médecin se retire ou s'éloigne définitivement du lieu où il exerçait, il en avise ses malades en cours de traitement et les présente, s'ils le désirent, à son successeur. Médecin et malades sont d'accord : les liens créés entre eux par le contrat médical sont définitivement rompus.

Le successeur du médecin n'est en rien son remplaçant. Si les malades du cédant y consentent, il est prêt à contracter avec eux et à les soigner ; mais cela sans en référer aucunement au médecin cédant, lequel peut juridiquement — sinon moralement — se désintéresser totalement de ses anciens malades du moment qu'en application de l'article 36 du Code de Déontologie, il ne leur a pas nui, par un départ trop brusque, et a assuré la continuité des soins.

*
* *

Lorsqu'un médecin meurt, il est fréquent et souhaitable, pour sa clientèle, que sa veuve ou son plus proche parent s'entende avec un confrère en vue d'un remplacement immédiat (129). Les héritiers (130) du médecin peuvent-ils être responsables de l'activité du remplaçant ?

Bien évidemment non, car en raison de son caractère personnel, l'obligation médicale assumée par leur auteur, envers les malades en cours de traitement au jour de sa mort, n'est pas entrée dans leur patrimoine. Par conséquent, ils ne peuvent être responsables de l'activité d'un médecin qu'ils ont, certes, introduit auprès des malades, mais qu'ils n'ont pas introduit dans l'exécution d'une obligation qu'ils auraient eue à assumer. L'obligation médicale s'est éteinte avec le médecin.

Enfin à la première hypothèse de contrat de remplacement que nous avons envisagée — celle dans laquelle le remplaçant exerce son activité sur des malades qui n'étaient pas en cours de traitement lorsque le remplacement s'est effectué — s'apparente une situation qui en est comme la caricature et que l'on ne songerait guère à évoquer ici, si des plaideurs ingénieux n'avaient cru pouvoir y déceler une responsabilité du fait d'autrui.

C'est ainsi qu'on en est venu à se demander si un médecin serait responsable de l'activité d'un confrère qu'il aurait recommandé à des malades. A. Kornprobst (131) répond catégoriquement par la négative pour des motifs que nous faisons complètement nôtres : « ... Le praticien n'est en ce cas tenu d'aucune obligation contractuelle et ne peut par suite encourir aucune responsabilité de cette nature, n'ayant lui-même accompli aucun acte médical ; il n'existe enfin aucun lien de causalité entre

---

(129) Le contrat de remplacement est alors approuvé par le Conseil Départemental de l'ordre.

(130) Ceux-ci, en tant que non-médecins la plupart du temps, ne devraient pas figurer dans cette partie de notre étude, mais nous préférons envisager leur situation, maintenant, puisqu'elle n'est évoquée qu'à propos d'un remplaçant.

(131) *Op. cit.*, 305.

le renseignement donné et des souffrances endurées ou le décès du malade... En cette matière, il n'y a jamais place pour la responsabilité si minime soit-elle (132). »

Indiquer un médecin c'est, en quelque sorte, inviter un malade à contracter avec ce médecin. C'est là un acte bien différent de celui que nous envisagerons à propos des cliniques et qui consiste pour un médecin à prendre l'initiative d'une intervention ou d'un traitement et à diriger le malade sur tel ou tel spécialiste à l'intérieur d'un groupe hospitalier qu'il impose à ce malade, sans que celui-ci ait la possibilité de récuser qui que ce soit, donc de contracter valablement avec chacun d'entre eux.

Ainsi, il ne peut y avoir de réponse a priori et sans nuance au problème de la responsabilité du remplacé du fait du remplaçant. La seule donnée qui puisse nous guider dans la détermination de cette responsabilité, c'est l'existence ou la non-existence d'un engagement du remplacé à l'égard du malade victime de l'activité du remplaçant.

Nous verrons d'ailleurs, au fur et à mesure que nous avancerons dans l'étude de la responsabilité contractuelle du médecin du fait de l'activité contractuelle du médecin du fait de l'activité médicale d'autrui, que c'est toujours à la détermination des parties au contrat médical qu'il faudra procéder pour identifier le responsable du dommage causé par autrui parmi tous ceux qui, de près ou de loin, prodiguent des soins au malade.

§ 2. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale d'un assistant médecin.

Nous distinguerons, pour notre part, l'assistant du remplaçant par trois traits qui caractérisent le premier et l'opposent au second : d'une part, s'il arrive à un assistant de remplacer le médecin avec lequel il collabore, comme son nom l'indique, il l'« assiste » le plus souvent, c'est-à-dire qu'il coopère avec lui dans l'accomplissement d'activités qui exigent leur présence à tous deux auprès du malade, soit simultanée, soit successive ; d'autre part, alors même que l'assistant consacrerait la majeure partie de son activité à « remplacer », dans certaines de ses tâches, celui dont il est l'assistant, il le ferait de façon relativement, habituelle et continue ce que ne peut impliquer un remplacement, temporaire par nature ; enfin, l'assistant est presque toujours vis-à-vis de celui qu'il assiste sinon dans la position d'un subordonné ou d'un exécutant — ce qui serait inconciliable avec sa qualité de médecin — du moins « un pas en retrait », son confrère prenant la direction de leurs activités. Un remplaçant ne se trouve pas dans cette situation.

---

(132) Cf. en ce sens Trib. Civ. Seine, 13 janvier 1934. *Gaz. Pal.*, 1934.1.521.

Les deux aspects du rôle de l'assistant que nous venons d'entrevoir — assistance proprement dite et plus rarement remplacement — vont nous conduire à envisager séparément, pour chacun d'eux, la responsabilité du médecin assisté du fait de son assistant.

Nous examinerons d'abord la situation la plus classique, celle dans laquelle l'assistant exerce une activité médicale aux côtés du médecin qu'il assiste.

En règle générale, un médecin n'a guère besoin d'un autre médecin diplômé comme assistant et il se contente, le plus souvent, d'avoir recours à des auxiliaires médicaux, étudiants en médecine ou infirmiers. Néanmoins, il arrive que, soit en raison de leur gravité ou de leur complexité, soit en raison de la technique spécialisée qu'elles nécessitent, certaines tâches requièrent le concours d'un second médecin. Cela se produira, surtout, dans le domaine chirurgical, terrain d'élection de la « médecine d'équipe ».

L'assistant médecin auquel le chirurgien a surtout recours est l'anesthésiste-réanimateur. C'est donc à son propos que s'est posé le plus souvent, en jurisprudence, le problème de la responsabilité du médecin du fait de son assistant médecin.

Pour cette raison, c'est essentiellement le cas de la responsabilité du chirurgien du fait du médecin anesthésiste qui retiendra notre attention en la matière. Mais, ce que nous allons dire à ce sujet s'appliquera à la responsabilité du chirurgien, ou du médecin, du fait de tout spécialiste l'assistant ou collaborant avec lui dans une action commune.

Il y a, pour un anesthésiste, deux formes d'assistance à un chirurgien, par la conclusion d'un contrat d'anesthésie avec le malade et sans aucun contact juridique préalable avec le malade.

Lorsque l'anesthésiste contracte, personnellement, avec le malade et qu'au cours de l'anesthésie une faute est commise qui préjudicie au malade, le médecin anesthésiste-réanimateur est contractuellement responsable de ce préjudice. Par contre, le chirurgien qui a procédé à l'opération étant étranger au contrat d'anesthésie ne peut encourir aucune responsabilité du fait de l'anesthésiste.

Mais il est rare que le malade entretienne avec le médecin anesthésiste des rapports parallèles à ceux qu'il entretient avec le chirurgien (133).

Ordinairement, un malade qui doit se faire opérer ne songe nullement à choisir un anesthésiste. Il s'adresse à un chirurgien et s'en remet à lui pour tout ce qui concerne la conduite de l'opération. Même si le patient connaissait, personnellement, un anesthésiste auquel il aimerait confier l'anesthésie requise pour l'opération, il aurait sans doute des difficultés à le faire agréer par le chirurgien car celui-ci a souvent coutume de n'opérer qu'assisté d'un anesthésiste déterminé en

---

(133) Cf. en ce sens : Paris (1re Ch.), 14 févr. 1958. J.C.P. 1958.II.10.533 et note Savatier.

qui il a toute confiance, qu'il comprend et qui le comprend à demi-mots (134). Cet anesthésiste peut être indépendant et collaborateur permanent du chirurgien ou attaché à la clinique où le chirurgien a l'habitude de pratiquer et qu'il *impose* au malade. La responsabilité du chirurgien du fait de l'anesthésiste ou de tout autre spécialiste, nous allons le voir, ne peut être altérée, puisqu'elle est contractuelle, par la situation juridique de cet anesthésiste ou de ce spécialiste par rapport à un centre de soins (135).

Par conséquent, lorsque le médecin assistant est imposé au malade, il n'y a qu'un contrat entre le malade et le chirurgien, un contrat d'opération chirurgicale.

Si une faute est commise par l'anesthésiste, le chirurgien en sera-t-il responsable et dans l'affirmative à quel titre ?

La jurisprudence se prononce, dans son ensemble, pour l'affirmative, avec raison, nous allons le voir, mais pour des motifs qui ne nous satisfont pas parce qu'ils mélangent les notions de responsabilité contractuelle et délictuelle du fait d'autrui (136).

En application des règles de la responsabilité contractuelle, les seules que l'on doive envisager dans les rapports des médecins avec leurs *clients*, le chirurgien répond des fautes commises par le médecin anesthésiste : en effet, celui-ci provoque par ses fautes l'inexécution de l'obligation d'opération consciencieuse et conforme aux données de la science assumée par le chirurgien envers le malade ; or, cet anesthésiste ne peut être considéré comme étant étranger au chirurgien alors que celui-ci l'a introduit dans l'exécution de son obligation. Il ne faut pas chercher ailleurs les motifs de la responsabilité du chirurgien du fait de l'anesthésiste.

Ceci n'exclut nullement la possibilité pour le patient d'invoquer la responsabilité délictuelle de l'anesthésiste basée sur l'article 1382 du Code Civil et de l'invoquer seule sans songer à engager celle, contractuelle, du chirurgien. Sans doute, le Tribunal Civil de Grenoble, dans un jugement du 16 mai 1956 (137), a-t-il refusé de l'admettre dans la mesure où il s'est prononcé de manière absolue et non relative aux faits de la cause : il a affirmé, en effet, que le demandeur en responsabilité devait être débouté de son action parce qu'il l'avait intentée *seulement* contre l'anesthésiste dont, *au surplus*, la faute personnelle n'était pas

---

(134) Cf. art. 45 du Code de Déontologie Médicale, selon lequel le chirurgien a le droit de choisir son aide ou ses aides opératoires ainsi que l'anesthésiste et de faire figurer leurs honoraires sur la note qu'il réclame à l'opéré.

(135) Les médecins qui sont attachés à une clinique et qui collaborent, sans que le malade les ait choisis, à la tâche assumée par le médecin ou le chirurgien qui y pratique n'ont pas tous, comme l'anesthésiste, médicalement parlant, le nom d'assistants : ainsi le radiologue, le chef du laboratoire, mais il semble bien que leur rôle de collaborateur permette de les assimiler totalement à ceux-ci.

(136) En particulier Paris (1re Ch.), 14 févr. 1958 précité, V. note 133.

(137) Trib. Civ. Grenoble, 16 mai 1956. J.C.P. 1956.II.9456 et note Savatier.

démontrée. Cette thèse nous paraît critiquable : Si aucune faute n'est relevée contre l'anesthésiste, il est normal que celui qui a intenté une action contre lui soit débouté, mais si, au contraire, le demandeur peut démontrer que cet anesthésiste a été négligent, réparation doit lui être accordée sur la base de l'article 1382 du Code Civil. Etant donné le principe de portée générale posé par cette disposition, il est impossible de dire que l'action de la victime, alléguant une faute de l'anesthésiste, doit en tout état de cause être dirigée, pour le moins contre le chirurgien responsable de l'opération et non contre l'anesthésiste simple exécutant (138).

D'ailleurs, il n'est pas conforme à la réalité des faits de considérer l'anesthésiste comme un simple exécutant. L'article 9 précité du Code de Déontologie médicale fait obstacle par son affirmation de l'indépendance professionnelle du médecin à ce que celui-ci puisse jamais être un simple exécutant, irresponsable de son activité. Pas un médecin, digne de ce nom, ne consentirait à se voir appliquer une pareille qualification et les conséquences qui en découlent.

Il faut donc bien se convaincre de l'idée que lorsqu'un médecin est responsable d'un autre médecin, son assistant, c'est *uniquement* parce qu'il est le seul à avoir contracté avec le malade, le seul à s'être engagé à soigner alors que l'assistant, lui, n'a rien promis au malade et a pourtant été introduit dans l'exécution de l'engagement pris à l'égard de celui-ci. Cette responsabilité du fait d'autrui est l'illustration de l'article 1147 du Code Civil, elle n'est en rien la traduction d'une abolition de la personnalité et de l'initiative d'un médecin « pris en charge » par un autre. Dans le secteur privé, entre médecins, il ne peut y avoir d'« assistance » qu'au sens de collaboration étroite formée par un *échange* continu d'avis et de conseils *réciproques*.

Nous voyons donc que le fait que le médecin assistant soit indépendant et collaborateur permanent du chirurgien ou attaché à la

---

(138) En ce sens M. Savatier dans sa note sous le jugement du Tribunal Civil de Grenoble. L'arrêtiste envisage aussi le fait que le chirurgien aurait, en engageant un anesthésiste, *stipulé* pour le malade qui aurait, alors, contre cet anesthésiste une action directe en responsabilité contractuelle. Mais il nous semble que le chirurgien qui conclut avec un anesthésiste un contrat d'assistance n'a pas l'intention de stipuler pour le malade mais pour lui-même. Le chirurgien s'est chargé d'opérer. Pour accomplir cet engagement, il lui faut l'assistance d'un anesthésiste. Lorsqu'il se la procure, il n'a nullement l'intention de prendre à ce moment en mains les intérêts du malade mais de *s'organiser personnellement* pour pouvoir prendre en mains les intérêts du malade lors de l'intervention. La preuve en est que certains chirurgiens préféreraient ne pas opérer plutôt que d'écarter un anesthésiste que le malade récuserait. N'est-ce pas dire au malade : « Je me charge de l'opération dans son intégralité. Ne songez à rien, ne vous préoccupez de rien ; le choix de mes assistants *ne vous regarde pas.* » Une telle attitude révèle un état d'esprit difficilement propice à la stipulation pour autrui et même à la gestion d'affaires.

Sur la responsabilité délictuelle de l'anesthésiste, V. encore Paris (1re Ch.), 14 fév. 1958, précité, Cass. (Ch. civ., 1re Sect.), 18 oct. 1960. J.C.P. 1960.II.11.846 et note Savatier sur pourvoi contre le précédent arrêt.

clinique où le chirurgien pratique, et qu'il impose au malade, est parfaitement indifférent en la matière.

Certes, lorsque le médecin impose la clinique au malade, l'établissement contracte avec celui-ci et on pourrait le croire seul responsable des assistants qui lui sont attachés ; mais il faut bien reconnaître que le contrat ainsi passé a une physionomie assez étrange : l'élément consentement au lieu de porter sur la désignation de la clinique, c'est-à-dire sur le choix éclairé du cocontractant, porte, en réalité, sur la désignation, le choix antérieur d'un médecin en qui le patient a une telle confiance qu'il accède à toutes ses exigences.

Le contrat passé par un malade avec une clinique qui lui est imposée est un contrat défiguré et défiguré par l'exigence même du médecin (139).

N'est-il pas logique alors de penser que, si la confiance presque aveugle du malade en son médecin a été l'élément déterminant du consentement de ce malade, dans ce contrat passé avec la clinique, le médecin était en quelque sorte « aux côtés » de la clinique lorsque celle-ci s'est engagée à soigner le malade ? Qu'en plus de l'acte principal relevant de sa spécialité, ce médecin s'est engagé aussi, comme la clinique, à soigner totalement le malade ? N'est-ce pas ce qui signifie la phrase de plus en plus fréquente prononcée par le chirurgien ou le médecin : « Je n'opère ou je n'accouche *qu'à* la clinique X... et à la clinique Y... » ? Cela ne veut-il pas dire : « Ne vous occupez de rien, je m'en charge » ? C'est à prendre ou à laisser.

En ce cas, le fait que l'assistant ou le collaborateur du médecin traitant soit attaché à une clinique ne modifie pas la responsabilité de ce dernier du fait de l'activité de cet assistant.

En définitive, lorsque M. Savatier, dans sa note sous le jugement précité du Tribunal Civil de Grenoble, estime que les problèmes posés par l'exercice en équipe de la médecine appellent des distinctions qui se rattachent d'abord à des question de contrat, ensuite à des questions de subordination, enfin à des questions de causalité, nous ne nous rangeons à son point de vue que relativement à l'exercice de la médecine avec une équipe d'auxiliaires médicaux mais non relativement à cet exercice avec une équipe de médecins. Nous pensons, pour notre part, que dans une équipe de médecins, les problèmes de responsabilité du fait d'autrui se rattachent, uniquement, à des questions de *contrat*, à la question : « à qui le malade s'est-il adressé ? ». C'est celui-là ou ceux-là mêmes auxquels le malade s'est adressé qui répondront des « co-équipiers » médecins, celui-là ou ceux-là qui doivent être considérés comme les chefs de l'équipe bien qu'ils entretiennent avec leurs

(139) Cette exigence est d'ailleurs parfaitement légitime du point de vue médical et le terme « défiguré » que nous employons ne comporte aucune nuance péjorative.

confrères des rapports parfaitement dénués de toute idée de subordination (140).

Et il ne faut pas oublier que cette responsabilité pour autrui n'est qu'une facilité accordée à la victime et ne doit jamais effacer ce qui participe de l'essence même de l'exercice de la médecine, la rsponsabilité personnelle de chaque membre de l'équipe.

M. Savatier, toujours dans sa note sous le jugement du Tribunal Civil de Grenoble, imagine l'hypothèse dans laquelle le malade aurait contracté avec l'équipe médicale tout entière et il pense qu'en ce cas s'il est prouvé que des soins consciencieux ont manqué, chacun, sans qu'il y ait besoin de déterminer le coupable, répond *in solidum* de cet engagement. Mais n'est-ce pas là une hypothèse d'école ? En effet, un malade contracte avec un médecin ou avec une clinique ou avec les deux — nous verrons bientôt quels problèmes se posent en ce cas — mais ne contracte pas avec une équipe (141).

Nous avons vu qu'un médecin peut concevoir l'assistance par l'un de ses confrères sous la forme d'un remplacement, par exemple, dans les soins post-opératoires. Après ce que nous avons dit du mécanisme de la responsabilité du chirurgien du fait de l'anesthésiste, il est facile de déduire que, de façon générale, le chirurgien ou un médecin est contractuellement responsable de tout confrère qu'il introduit dans l'exécution de son obligation médicale sans que le malade ait contracté avec ce confrère.

Il est, à ce sujet, un arrêt de la Cour de Paris du 23 novembre 1959 (142) qui a retenu notre attention car il considère, à notre sens, la responsabilité du médecin assisté, sous un angle curieux. Il déclare, en effet, qu'un chirurgien, spécialiste de grande réputation, manque à l'obligation de donner des soins diligents, née du contrat qui le lie à son client, lorsqu'au lieu d'assurer lui-même la ponction indispensable et délicate qu'il a reconnue nécessaire pour ce client, il la fait exécuter par un confrère *normalement* employé à l'assister dans les soins post-opératoires (143). Et si, au cours de cette opération, un trocart, dont le manche s'est accidentellement détaché, n'a pu être extrait de la plaie, la victime est en droit de supposer que, si le spécialiste avait éprouvé l'instrument avant de l'employer, l'accident eut été évité.

---

(140) Voir l'arrêt précité de la Cour de Paris du 14 février 1958 qui base la responsabilité du chirurgien du fait de l'anesthésiste sur l'article 1384 du Code Civil, § 5, alors que, comme nous l'avons bien des fois répété, cette disposition est inapplicable en matière de responsabilité contractuelle. En faveur d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, voir l'opinion de M. Savatier dans sa note sous cet arrêt ; voir également Cass. (Ch. civ., 1re sect.), 18 oct. 1960 précité qui rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour de Paris mais lui substitue une motivation plus satisfaisante, celle de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui.

(141) Sur la possibilité d'une obligation « in solidum » en la matière, V. *infra*, p. 74.

(142) J.C.P. 1960.II.11.469.

(143) En ce sens, déjà, J. Bardoul : Médecins et cliniques. Les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques. *Thèse*, Paris, 1951, p. 138.

Une fois encore, si le dispositif de l'arrêt retenant la responsabilité du chirurgien spécialiste est satisfaisant, la motivation nous paraît peu fondée : il n'y a pas, pour le chirurgien, inexécution de l'obligation née du contrat d'opération chirurgicale dans le fait de confier une ponction délicate à un confrère — donc diplômé en médecine — normalement employé à l'assister dans les soins post-opératoires. Un chirurgien, surtout un chirurgien de grande notoriété, comme c'est le cas ici, doit consacrer tout son temps à des interventions qu'il est parmi les rares médecins à pratiquer avec le maximum de réussite et pour lesquelles les malades, parfois de tous les pays, affluent vers lui, les chirurgiens de valeur moyenne ne pouvant presque rien pour eux. Un chirurgien, en règle générale, ne doit pas, dans l'intérêt même de l'ensemble des malades, perdre des heures précieuses, pendant lesquelles il pourrait étudier ou opérer, à prodiguer des soins, même délicats, qu'un de ses confrères peut assumer normalement.

Néanmoins, ce chirurgien tenu par son contrat envers le malade doit être rendu responsable de l'activité dommageable de son assistant qu'il a introduit, lui-même, dans l'exécution d'une obligation de soins dont il s'est chargé, initialement, dans son intégralité. Comme le font remarquer avec raison MM. Savatier, Auby et Péquignot (144), aux yeux des clients, c'est à leur médecin habituel par l'intermédiaire de l'assistant qu'ils pensent avoir affaire. Aussi, doit-il leur suffire de prouver l'inexécution, par l'assistant, de l'obligation de soins diligents et consciencieux assumés, par le médecin assisté, à leur égard, pour engager la responsabilité contractuelle de ce dernier. Dans l'espèce du trocart dont le manche s'était détaché dans la plaie, la seule question que la Cour de Paris aurait dû envisager était celle de savoir si un trocart soigneusement vérifié pouvait perdre son manche accidentellement ou non. En considération du mécanisme de la responsabilité contractuelle, il devait importer peu à cette juridiction de savoir qui aurait dû pratiquer la ponction.

*
* *

A propos d'instruments en mauvais état, on peut se demander ce que devient la responsabilité contractuelle d'un médecin du fait de l'activité d'un confrère qu'il a introduit dans l'exécution de son obligation de soins, lorsqu'il n'y a pas faute prouvée de ce confrère (145) mais fait de la chose que celui-ci manipulait, tels des appareils électriques ou des ballons d'oxygène par exemple. La question est un peu étrangère à la responsabilité du fait d'autrui, mais il n'est pas possible

(144) *Op. cit.*, p. 306.

(145) Cf. Paris, 4 mai 1963. *Gaz. Pal.*, 1963.II.260. Il ne faut pas confondre dommage causé par un médecin manipulant un appareil avec maladresse et dommage causé par le fait non provoqué d'un appareil.

de l'écarter tout à fait car elle s'y mêle assez étroitement. Nous l'étudions en ce qui concerne l'assistant médecin parce que nous venons de parler à son sujet d'un trocart dont le manche s'était détaché mais la solution que nous allons essayer d'y apporter vaudra pour toutes les hypothèses dans lesquelles un médecin introduit l'un de ses confrères dans l'exécution de soins qu'il avait assumés lui-même.

Lorsqu'un médecin cause un dommage au malade avec un instrument ou un appareil, nous nous trouvons dans un cas de responsabilité contractuelle du fait d'une chose puisque, selon MM. Mazeaud (146), cette responsabilité se trouve engagée « dans les cas où l'intervention de la chose cause l'inexécution d'une obligation mise par le contrat à la charge de l'une des parties ; il s'agira souvent de l'inexécution de l'obligation contractuelle de sécurité ».

Or, il est incontestable que le médecin et plus encore le chirurgien assume à l'égard du malade, à côté de l'obligation de soins diligents et consciencieux, une obligation implicite de sécurité suivant laquelle le malade ne doit pas ressortir des mains du médecin affligé de troubles qu'il n'avait pas en se confiant à lui et qui sont dus au mauvais fonctionnement des instruments ou appareils médicaux (147).

Il y a là, à notre sens, une obligation de résultat et non pas seulement de prudence et diligence, étant donné la nature du contrat médical passé par le malade, dans un extrême souci d'amélioration de son état et de confort tant matériel que moral. L'esprit qui préside à la conclusion de ce contrat est tout différent, en effet, de celui qui inspire, par exemple, l'amateur de sensations fortes prenant place dans un manège « chenille » ou le sportif empruntant un remonte-pente lesquels ne peuvent, selon la jurisprudence, qu'attendre l'exécution d'une obligation de sécurité de simple prudence et diligence.

En considération de l'obligation de sécurité (de résultat) incombant ainsi au médecin, il suffit, lorsqu'un dommage a été causé par

---

(146) *Op. cit.*, p. 502.
Cf. Cass. Civ., 27 mai 1940 (S. 1940.1.84).

(147) Cf. en ce sens M. Arrighi de Casanova : La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile. Thèse, Aix, 1946, p. 258. Trib. de Gde Instance de Meaux (1re Ch.), 13 déc. 1961. *Gaz. Pal.* du 21 au 24 juil. 1962. En sens contraire Cf. note Esmein sous Cass. Civ. 30 oct. 1962, D. 1953.J.57.

Cf. également l'observation originale de MM. Marty et Raynaud *in Droit Civil*, t. II, *Les Obligations*, p. 512 et ss. : « Quand on oblige un contractant à assurer la sécurité de son cocontractant à l'égard, par exemple, des dommages provenant des défaillances de l'outillage employé, on n'est pas loin de la garantie imposée sur le terrain délictuel au gardien ou au propriétaire des choses animées ou inanimées.

« Ainsi se vérifie une fois de plus, qu'avec des points de départ différents et une technique largement influencée par l'élément contractuel, la responsabilité du débiteur dans le contrat rejoint pratiquement des positions le plus souvent très semblables et mêmes identiques à celles de la responsabilité délictuelle. »

Cette opinion est apparentée à celle que nous avancions (v. *supra*, p. 27) sur un principe directeur commun aux responsabilités contractuelle et délictuelle du fait d'autrui.

une chose, d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle du *fait personnel*, puisqu'il n'existe pas de règles spéciales de responsabilité contractuelle du fait des choses dérogeant à celles de la responsabilité contractuelle du fait personnel (148). Il y a inexécution du contrat médical chaque fois que l'obligation de sécurité est inexécutée, que le malade a subi un dommage anormal du fait d'un instrument ou appareil médical (149).

Imaginons, maintenant, que le dommage ait été causé au malade par une chose que manipulait un assistant, le médecin tenu de l'obligation médicale. c'est-à-dire le médecin assisté, est responsable contractuellement à l'égard du malade parce que dans le mécanisme de la responsabilité contractuelle, la présence de l'assistant ne constitue pas une cause exonératrice de la responsabilité née de l'inexécution de l'obligation de sécurité (150).

Quant au manipulateur lui-même, par hypothèse non lié au malade par contrat, mais responsable délictuellement de ses fautes, sera-t-il responsable délictuellement du fait de la chose ? Oui, s'il en est gardien, ce qui est certain si la chose lui appartient. Mais en est-il gardien alors que cette chose lui est confiée par le médecin qu'il assiste ou remplace ? Etant donné l'indépendance professionnelle qu'aucun médecin ne peut aliéner quels que soient les rapports de collaboration qu'il entretient avec un autre confrère, il semble qu'il faille considérer qu'un médecin est toujours gardien des instruments ou appareils qu'il utilise, même s'ils appartiennent au confrère avec lequel il collabore. Néanmoins, nous pensons que ce médecin-gardien aurait sans doute la possibilité, s'il avait dû réparer le dommage causé par la chose, en application de l'article 1384, alinéa 1 du Code Civil — ce qui est improbable car le malade s'adressera plutôt au médecin avec lequel il a contracté — de rechercher si le médecin avec lequel il collabore ne lui a pas remis des instruments ou appareils en mauvais état ; dans l'affirmative, il pourrait, vraisemblablement, engager la responsabilité contractuelle du médecin assisté pour mauvaise exécution du contrat d'assistance. Il est conforme, en effet, à la loyauté indispensable entre cocontractants que les instruments et appareils mis à la disposition de l'assistant soient en bon état.

Si aucune faute ne peut être reprochée dans l'entretien des instru-

---

(148) V. en ce sens MM. Mazeaud, *op. cit.*, p. 502.

(149) Cf. Trib. de Gde Instance de Meaux précité. Sur l'exclusion de l'article 1384, alinéa 1 du Code Civil : Cass. Civ. (1re civ.), 30 oct. 1962. J.C.P. 1962.IV.158 et II.12.924, note Savatier. Il ne nous semble pas, contrairement à l'arrêtiste, que la Cour Suprême ait entendu exclure la responsabilité médicale contractuelle du fait des choses basée sur une obligation de résultat : la sécurité du malade.

(150) En ce sens, Tribunal de Belfort, 19 déc. 1934 reproduit par M. Verdun dans un article intitulé « Contribution à l'étude de la responsabilité médicale du fait des choses » (Annales de Médecine Légale, fév. 1935, p. 229). Cette décision est une de celles, assez rares, qui invoquèrent la responsabilité médicale contractuelle avant l'arrêt célèbre du 20 mai 1936 Nicolas c/ Mercier (précité p. 44) qui consacra la responsabilité contractuelle du médecin.

ments et appareils, peut-il y avoir recours de l'assistant contre le médecin assisté ? En l'absence de clause, dans le contrat d'assistance, prévoyant cette hypothèse, il est difficile de se prononcer. L'assistant étant devenu gardien de la chose devrait, en logique, supporter la charge intégrale de la réparation du dommage. Mais il ne serait pas juste qu'il en soit ainsi, alors que le médecin assisté reçoit, pour l'ensemble des soins donnés à un malade, des honoraires qui ne correspondent pas seulement à ses propres travaux mais aussi au prestige acquis par son équipe et son équipement médicaux, tandis que l'assistant ne reçoit que les honoraires correspondant à ses propres travaux. Il y aurait donc une exigence de justice à ce que la jurisprudence conçoive que le mécanisme du contrat d'assistance comporte, dans les relations des parties audit contrat, la participation importante du médecin assisté à la réparation de dommages causés par des choses dont il aurait transféré la garde à son assistant.

L'on pourrait très bien concevoir aussi, avec une doctrine et une jurisprudence (151), peu assises il est vrai, que le propriétaire des instruments reste gardien de leur structure et l'assistant gardien de leur utilisation. Cette opinion recueille nos préférences par sa simplicité, son équité et sa conformité avec la notion classique de la garde qui rattache la responsabilité à l'autorité qu'un individu peut avoir sur une chose.

En définitive, cette digression, que nous avons cru devoir faire afin de bien déterminer les contours de la responsabilité du médecin du fait d'un confrère, ne doit pas faire perdre de vue l'idée essentielle qui nous a semblé s'imposer au cours de l'examen de cette responsabliité, à savoir que lorsqu'un médecin est responsable sur le plan contractuel de l'activité d'un de ses confrères, c'est toujours en considération de deux points : d'une part, de l'étendue de l'obligation assumée par le médecin assisté ou remplacé à l'égard du malade, d'autre part, de l'*initiative* que ce médecin a prise d'une activité dont il tire, ordinairement, un *profit* moral et pécuniaire.

§ 3. — Responsabilité des cliniques à direction médicale du fait des médecins qui y exercent.

Les propriétaires des cliniques peuvent être soit des médecins, soit des capitalistes.

---

(151) Goldman. De la détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées, n°s 116-117-131 et s.

Civ. Com., 30 juin 1953. *Sem. Jur.*, 1953.11.7811 et note R. Savatier. Civ., 5 janv. 1956, *Gaz. Pal.*, 1956-1-184.

Nous n'allons considérer, pour le moment, que la responsabilité des médecins propriétaires de cliniques du fait des médecins qui exercent leur art dans ces cliniques.

Des médecins peuvent exploiter une clinique individuellement ou sous la forme d'une société de médecins.

Nous envisagerons, par la suite, la responsabilité des sociétés de médecins et nous n'examinerons ici que celle des médecins dirigeant isolément une clinique.

Il est deux sortes de médecins qui peuvent exercer leur activité dans une clinique hormis le médecin directeur de la clinique : les médecins « attachés », de façon permanente, à la clinique, d'une part, et les médecins auxquels le directeur de la clinique permet d'opérer dans ses locaux avec son équipement et son personnel auxiliaire, d'autre part.

Le médecin directeur de la clinique est-il responsable de l'activité médicale des médecins « attachés », de façon permanente, à la clinique ? Puisque nous sommes dans le domaine de la médecine contractuelle, il importe peu de nous demander quel est le lien de droit qui unit ces médecins attachés à la clinique au médecin qui en est le directeur. Nous écarterons seulement, pour l'étudier plus tard, la qualité d'associé.

Il suffit de savoir avec qui le malade a contracté et quelle est l'étendue de l'obligation assumée à son égard.

Bien que l'hypothèse soit assez rare à l'heure actuelle, et peu souhaitable, il arrive qu'un malade, à qui il a été prescrit une intervention chirurgicale, des séances de rayons, des radiographies ou toute autre sorte de soins, s'adresse non à un spécialiste mais à une clinique dont il connaît la réputation ou dont la proximité par rapport à son domicile lui convient. En ce cas, le malade va se rendre à la direction de la clinique qui le présentera à son chirurgien, à son radiologue ou à tout spécialiste approprié.

Qui va contracter à l'égard du patient une obligation médicale de soins consciencieux et diligents ? La clinique (152), c'est-à-dire, le médecin qui l'exploite ou le spécialiste ? Il semble bien que tous deux vont le faire mais dans leurs domaines respectifs. Le malade entre en contact avec le spécialiste et c'est à lui seul qu'il va exposer la nature de ses troubles et la nature de l'intervention ou du traitement qui lui a été prescrit. C'est le spécialiste qui va accepter ou non d'opérer ou de procéder au traitement. Ainsi, c'est d'abord avec le spécialiste que le malade contracte ; ce spécialiste s'engage à lui prodiguer les soins nécessaires à son état, mais uniquement les soins qui relèvent de sa spécialité. En effet, le malade ne s'est pas adressé à lui personnellement pour lui confier le rétablissement de sa santé, mais bien à la clinique, en tant que centre de soins. Par conséquent, hormis l'exécution de l'acte prin-

---

(152) Lorsque nous parlerons par la suite de la responsabilité de la clinique, nous envisagerons celle de l'exploitant de la clinique.

cipal, à laquelle seul le spécialiste peut s'engager (153), c'est à la clinique qu'incombe la charge de *tous* les soins connexes à cet acte principal.

Donc, le malade va contracter également avec la clinique afin que celle-ci lui procure, d'une part, ce que l'on peut appeler les fournitures d'hôtellerie — chambre et repas — d'autre part, les soins qui doivent précéder, accompagner ou suivre l'acte principal assumé par le spécialiste. Il s'agit des soins courants mais également des soins techniques.

Si un dommage est causé au malade par l'activité personnelle négligente ou fautive du spécialiste, seul celui-ci en sera responsable et non la direction médicale de la clinique parce qu'elle n'aura pas assumé à l'égard de ce malade l'obligation d'accomplir l'acte médical principal exécuté par le spécialiste.

Il n'y aura pas lieu de considérer en la matière le mode de versement des honoraires, s'il est fait directement par le malade au spécialiste ou par l'intermédiaire de la clinique.

Mais un dommage peut aussi être causé au malade par un médecin attaché à la clinique, médecin auquel cette clinique s'est adressée pour l'exécution des soins techniques précédant, accompagnant ou suivant l'exécution de l'obligation principale. Ainsi, la clinique, représentée par le spécialiste traitant qui n'agit pas alors en son nom personnel, mais au nom de la clinique, peut demander au radiologue de la clinique de radiographier le malade, au chef de laboratoire de la clinique de procéder aux analyses qui s'imposent, à l'anesthésiste de la clinique d'endormir le patient, éventuellement au médecin kinésithérapeute de la clinique de rééduquer l'opéré lors de sa convalescence.

En ce cas, c'est la clinique, et elle seule, qui doit répondre à l'égard du malade de l'activité de tous ces médecins de la clinique puisque, seule, elle a contracté envers lui l'obligation de lui procurer les soins précédant, accompagnant et suivant l'acte médical principal.

On peut être surpris de ce que la clinique ne réponde pas de l'activité du spécialiste originaire, alors qu'elle répond de l'activité des médecins qui procèdent aux actes connexes à l'acte principal. Mais c'est que le spécialiste originaire contracte directement avec le malade, alors que les spécialistes qui procèdent aux actes connexes ne le font pas. Il y a une grande différence dans les rapports de fait, et partant de droit, du malade avec tous les médecins. Le malade a pris contact avec le spécialiste originaire, certes par l'intermédiaire de la clinique, mais sans que celle-ci se soit engagée à quoi que ce soit à son égard, à telle enseigne

---

(153) V. en ce sens J. Bardoul, *op. cit.*, pp. 136 & 137 : « Le contrat médical ne se forme dans les cliniques qu'entre le médecin et son malade. Le praticien a seul qualité pour prendre des engagements dans l'exercice de son art... » et plus haut « Le médecin n'exerce pas la médecine au nom de l'établissement, mais en *son nom personnel, dans* l'établissement. La clinique ne doit pas tourner à « l'entreprise de soins » où l'on pratiquerait une médecine anonyme ».

que si, lors de leur entrevue, malade et spécialiste ne s'étaient pas entendus, le malade serait ressorti de la clinique sans passer par la direction ; bien au contraire, une fois que le malade a contracté avec le chirurgien et qu'entré en clinique après avoir également contracté avec cette dernière, il est dirigé, parfois en chariot, dans la salle de radiologie, dans la salle d'examen etc..., *il n'est plus question pour lui de contracter avec un spécialiste que souvent il identifie mal, mais de se laisser faire passivement.*

De ce fait, si un dommage est causé par un médecin, introduit par la clinique, dans l'exécution de l'obligation de soins, qu'elle a seule assumée, cette clinique doit en répondre (154).

En définitive, lorsqu'un malade en quête d'un spécialiste s'adresse à une clinique, le médecin directeur de cette clinique n'est pas responsable de l'activité du spécialiste attaché à la clinique qui a seul contracté envers le malade l'obligation d'accomplir l'acte médical principal. Mais ce directeur est responsable de l'activité des autres médecins attachés à la clinique, puisqu'il a eu recours à eux, en vue d'accomplir l'obligation de soins diligents connexes à l'acte principal, obligation sur laquelle le malade pouvait légitimement compter de la part d'une clinique qui a rassemblé un certain nombre de médecins spécialistes et à laquelle il s'est adressé en tant que centre de soins (155).

---

(154) V. J. Bardoul, *op. cit.*, p. 134 (« Mais ceci n'exclut pas *à priori* la responsabilité des cliniques du fait de leurs médecins). La clinique sera presque toujours dans un rapport contractuel avec la victime et ce sont les règles du contrat qui détermineront la responsabilité de l'établissement... »

Néanmoins, et malgré cette possibilité, dont il reconnaît l'existence, M. Bardoul ne conçoit pas que l'établissement couvre l'activité de praticiens indépendants quels qu'ils soient. (Voir note 153).

V. Toulouse, 14 déc. 1959, J.C.P. 1960.11.402 et la note très intéressante de M. Savatier. Cet arrêt déclare que dans l'état actuel de l'organisation de certaines cliniques, la responsabilité de l'analyse du sang d'un malade avant transfusion et celle du prélèvement sanguin qui la conditionne sont assumées par la clinique, celle-ci faisant appel *sans le concours du patient* à son « anesthésiste-réanimateur » et choisissant le laboratoire d'analyse où elle transporte elle-même le flacon de sang à examiner : qu'il s'ensuit que la clinique assume la responsabilité du travail confié à des exécutants de son choix. M. Savatier, dans sa note, remarque que bien souvent « c'est l'établissement hospitalier public ou même privé qui entend gouverner l'ensemble de ses services et les offrir aux malades, impersonnellement, sans respecter la frontière théoriquement rigoureuse entre les simples soins et les services médicaux... Cet arrêt oblige à ouvrir les yeux sur la structure actuelle des établissements hospitaliers privés dont il fait apparaître l'évolution technique et sociale... »

En ce sens aussi Arrighi de Casanova, *op. cit.*, p. 251 : « Cette tendance à permettre le recours contre le civilement responsable est tout à fait heureuse. Dans le cas où le médecin est au service d'une clinique, d'un sanatorium ou d'une maison de santé, elle permet de frapper la direction de ces divers établissements, dont les profits, en général, sont considérables. En les laissant à l'abri de tout recours, on les incite à se désintéresser de la qualité des soins et à laisser sans contrôle des médecins inexpérimentés, payés peut-être au rabais... »

(155) Cf. Savatier, Auby & Pequignot, *op. cit.*, p. 305 : « En tout cas, celui que emploie un médecin assume ses fautes s'il était lui-même engagé *contractuellement*

De toute façon, il ne faut pas oublier que ces médecins attachés à la clinique répondent pour leur part, délictuellement, du dommage causé par leur faute.

Le plus souvent, le malade qui doit entrer en clinique ne s'adresse pas directement à la clinique, mais au spécialiste en son cabinet.

Il est rare que celui-ci permette au malade de choisir la clinique car, en général, il opère ou pratique son art dans deux ou trois cliniques, quelquefois dans une seule. Le malade, en ce cas, ne choisira pas, en fait, la clinique : il ira dans celle que lui indiquera son médecin.

Il est clair que le médecin directeur de la clinique, qu'elle soit choisie par le malade ou imposée par le médecin, ne sera en rien responsable de l'activité personnelle du spécialiste exercée dans la clinique car le contrat passé entre celui-ci et le malade est, pour lui, « res inter alios acta ».

Par contre, le directeur de la clinique, qu'elle soit imposée au malade ou choisie par lui, contractera toujours avec le malade et restera donc toujours responsable de l'activité des médecins attachés à la clinique et qui auront prodigué les soins assumés normalement (156) par la clinique. La présence de ces techniciens à la clinique implique, en effet, pour celle-ci, même lorsque le spécialiste, imposant cette clinique (157), se charge à l'égard du malade de la complète organisation des soins, l'engagement de prodiguer des soins consciencieux relevant de la compétence desdits techniciens.

Mais si le spécialiste pratique à la clinique avec l'aide d'un ou plusieurs médecins qu'il amène avec lui, tel l'anesthésiste-réanimateur, *seul* le spécialiste sera responsable de leur activité. En choisissant, *seul*, les techniciens qui doivent l'assister, le spécialiste a, en quelque sorte, déchargé la clinique de sa propre obligation ordinaire d'accomplir les soins connexes à l'acte principal relevant de la compétence de ses propres techniciens.

Certes, le malade peut être ignorant des conventions passées à ce sujet entre le chirurgien et la clinique et ainsi ne pas connaître l'étendue de l'obligation contractée à son égard par la clinique et par le chirurgien. Mais dans ce domaine médical où les clauses du contrat ne s'inscrivent pas noir sur blanc, l'article 1135 du Code Civil apporte une orientation précieuse en disposant que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, *l'usage* ou la loi donnent à l'obligation *d'après sa nature* ». Or, l'usage est notoire que plus on s'adresse à un chirurgien de grande classe, plus les

---

à fournir à la victime les soins médicaux pour lesquels il a pris le médecin à son service. »

(156) Cf. Savatier, Auby & Pequignot, *op. cit.*, p. 406 : « La clinique est tenue de procurer au malade des soins conformes aux prescriptions du médecin et aux données de la technique. »

(157) Cf. ce que nous avons dit de la responsabilité du médecin du fait d'un médecin assistant ou collaborateur imposé, p. 63.

soins techniques seront confiés à l'équipe personnelle du chirurgien, moins la clinique s'en chargera. Il y a là une question de fait dont le malade connaît l'imprécision et qu'il lui suffira d'élucider s'il faut rechercher une responsabilité (158).

Lorsque la clinique et le spécialiste ont assumé chacun de leur côté la charge des soins connexes (159) à l'acte principal, chacun d'eux devrait réparer le dommage dans sa totalité aux termes de l'article 1222 du Code Civil, car une obligation générale de soins peut être qualifiée, sans conteste, d'obligation indivisible par nature. Mais la réparation ne pouvant être effectuée que sous forme pécuniaire, l'indivisibilité naturelle s'éteint et l'obligation se partage, malheureusement pour le malade, entre la clinique et le spécialiste.

L'on pourrait songer à voir dans l'obligation assumée par la clinique et le spécialiste une obligation « in solidum » comme y a songé M. Savatier en imaginant l'hypothèse d'un contrat passé entre un malade et une équipe médicale (160), mais cette idée n'est pas satisfaisante : en effet, MM. Mazeaud (161) remarquent avec raison : « ... dans le domaine contractuel... l'obligation qui n'est pas solidaire est nécessairement conjointe, et MM. Ripert et Boulanger (162) notent, à juste titre : « L'obligation « in solidum » ne peut pas être une forme dégradée de la notion de solidarité, un artifice de langage qui permette d'éluder la règle selon laquelle la solidarité ne se présume pas... »

En définitive, pour déterminer la responsabilité du médecin directeur de clinique du fait des médecins qui exercent leur activité dans

---

(158) En sens contraire de la dualité de responsabilité, v. la note de M. Savatier sous Montpellier, 30 janv. 1951, et Aix, 9 juil. 1951 (J.C.P. 1952.II.6743) : « S'il n'y a pas de clauses particulières, en s'adressant à la fois au chirurgien et à la clinique, le malade demande à chacun ce qu'il est *normal* de lui demander d'après les usages et les contrats qui coordonnent l'activité du médecin et celle de la clinique » — jusqu'ici nous sommes parfaitement d'accord, mais — « D'une manière générale, ce contrat ne désignera qu'un seul responsable, car l'unité du commettant responsable est la règle aussi bien en matière délictuelle qu'en matière contractuelle, en cas de faute d'un préposé ». M. Savatier réunit une fois encore, à tort selon nous, les notions de contrat et de lien de préposition. Nous l'avons déjà dit plusieurs fois, ce qui détermine la responsabilité contractuelle du fait d'autrui ce n'est pas l'autorité, la possibilité de donner des ordres à autrui, c'est le fait d'introduire celui-ci dans l'exécution d'une activité dont on a pris l'initiative et dont on a le profit. Il n'y a donc aucun obstacle juridique à ce que deux personnes, ou plusieurs, ayant introduit les mêmes tiers dans l'exécution d'obligations qu'elles ont assumées séparément, mais dont le contenu se recouvre, soient ensemble responsables de l'activité de ces tiers. Il n'y a pas coexistence d'autorités concurrentes, il y a coexistence d'engagements et de modes d'exécution par autrui, semblables.

(159) Le spécialiste *imposant* une clinique au malade mais comptant sur la clinique, qui a contracté malgré tout avec celui-ci, pour qu'elle lui fournisse des assistants et collaborateurs.

(160) Cf. *supra*, p. 65.

(161) In *Leçons de droit civil*, t. II, 1956, p. 874.

(162) *Traité de Droit Civil*, 1957, t. II, p. 663.

la clinique, il faut étudier l'étendue de l'obligation assumée par la clinique et l'étendue de l'obligation assumée par les médecins. Il n'est en rien nécessaire de savoir si les médecins se trouvent avec la clinique dans un rapport de subordination. Celui qui est, contractuellement, responsable du fait d'autrui ne l'est qu'en considération de ce qu'il a introduit des personnes dans l'exécution d'une entreprise dont il a eu l'initiative ou dont on lui a demandé de prendre l'initiative et dont il a le profit pécuniaire ou moral. C'est bien le cas du médecin directeur de clinique lorsque nous estimons qu'il doit répondre des médecins qui exercent dans sa clinique.

§ 4. — Responsabilité du médecin du fait d'un associé.

Les sociétés et associations de médecins se sont multipliées ces dernières années, mais la condamnation qu'au moins pour les premières la doctrine prononçait sans hésitation les a incitées à vivre dans une clandestinité dont elles ne sortent guère qu'à l'occasion d'un procès. M. A Joly (163), dans une chronique sur ce sujet, affirme avec raison que ces groupements sont maintenant reconnus licites.

Peut-il y avoir responsabilité d'un médecin associé du fait de l'activité médicale de l'un de ses coassociés ?

Comme toujours, reportons-nous aux circonstances de fait : elles seules peuvent nous guider vers la solution juridique de cette question.

Dans une société de médecins, chaque associé exerce son art dans la plus parfaite indépendance de diagnostic et de thérapeutique. Comme le remarque M. Joly, « Il suffit... d'observer qu'en réalité la société de médecins n'a pas pour objet l'exercice de la médecine *par* une société ». En effet, chaque membre de la société ou de l'association possède sa clientèle propre. Les patients ne s'adressent pas à la société X... mais au docteur X... Que ce médecin exerce en société ou en association leur importe peu. Ils considèrent que cela relève des préoccupations surtout « financières » du médecin et que cette organisation ne peut avoir d'influence sur les rapports qu'eux, malades, vont entretenir avec le praticien qu'ils ont choisi. En cela ils ont raison et M. Joly les rassure même sur le tour de garde organisé entre associés qui « est en tous points comparable à un remplacement. Il reste seulement que le malade qui s'est confié à l'un des associés ne sera jamais tenu de recevoir les soins de l'autre et que l'associé qui aurait promis son intervention personnelle ne saurait sans motif grave se faire suppléer par l'autre. »

---

(163) Sociétés et Associations de médecins, D. 1953. Chr., p. 141. V. aussi une étude du Dr Marçais « La tendance à l'association et aux cabinets de groupe », Revue de Droit Social, 1962, p. 500 et ibid., p. 508, une étude de M. Jean Savatier « Problèmes juridiques de la médecine de groupe ou d'équipe ».

Il n'y a donc aucune raison pour qu'un médecin associé ou sociétaire réponde sur son patrimoine personnel de l'activité médicale d'un autre membre de la société ou de l'association, alors que leurs activités sont parfaitement parallèles et que chaque praticien ne contracte qu'avec ses propres clients (164).

LE POINT DE VUE DES MÉDECINS SUR LEUR RESPONSABILITÉ DU FAIT D'UN CONFRÈRE ET LES CRITIQUES QU'IL ENCOURT

L'étude de ces différentes « collaborations » médicales nous conduit à penser que, dans certaines conditions, un médecin pouvait être amené à engager sa responsabilité du fait de l'activité médicale de l'un de ses confrères.

Ce point de vue, il est vrai, attire les critiques, sinon l'indignation, de la grande majorité du corps médical. Mais il nous semble que s'il en est ainsi c'est parce que les médecins se méprennent sur les motifs qui constituent le fondement d'une telle opinion.

Les praticiens n'admettent pas qu'ils puissent être responsables d'un confrère sur lequel, d'une part, ils n'ont absolument aucune autorité de droit, puisque le principe de l'indépendance médicale est intangible et dont, d'autre part, ils n'ont aucune possibilité de prévenir les erreurs, soit en raison de leur absence — en cas de remplacement — soit en raison de la complexité de leur tâche — en cas d'assistance.

Or, lorsque nous estimons qu'un médecin doit répondre d'un de ses confrères, ce n'est nullement au mépris de ces deux considérations, l'une de droit, l'autre de fait, parfaitement indéniables. C'est compte tenu de l'étendue de l'obligation assumée par le médecin à l'égard du malade et des règles de la responsabilité contractuelle posées par le Code Civil, notamment en son article 1147, règles que nous avons exposées au début de notre étude.

Même si les médecins estiment que l'application de ces dispositions entraîne pour eux des conséquences iniques, ils ne peuvent, pourtant, l'éluder en l'état actuel de la législation et des usages médicaux consistant pour un praticien à assumer la totalité des soins *pour lesquels le malade est prié, par ce praticien, de ne pas se soucier de l'exécution secondaire ou subsidiaire.*

Il ne serait possible, pour les médecins, d'échapper à ce régime qu'au cas où serait votée une loi dérogeant en matière médicale aux règles de la responsabilité contractuelle ; ou bien encore au cas où,

---

(164) Si un associé doit répondre de l'activité de son coassocié qui le remplace auprès d'un malade en cours de traitement, c'est à titre de *remplacé* et non de coassocié.

modifiant les usages médicaux, les médecins feraient contracter le malade qui s'est adressé à eux avec tous les spécialistes dont l'intervention serait nécessaire pour mener à bien l'intervention ou le traitement.

Certains membres du corps médical seraient désireux que cette nouvelle formule soit adoptée. Mais ont-ils concience que la possibilité accordée au malade de contracter avec ces spécialistes implique celle de ne pas contracter, c'est-à-dire de choisir son spécialiste ?

Dans l'affirmative, sont-ils prêts à travailler en coopération avec des confrères inconnus et changeants, donc dans des conditions qui paraissent difficilement compatibles avec l'unité d'action et la parfaite coordination requises dans l'exercice de l'art médical ?

Les médecins ne doivent donc pas se dissimuler l'enchaînement inéluctable que déclencherait la pratique des contrats multiples : collaboration « de passage », désorganisation pour ne pas dire anéantissement de « l'équipe » médicale avec tout ce que le terme comporte comme esprit d'entente, donc entrave au développement en cours de la « médecine de groupe », aspect moderne d'un art perfectionné et diversifié, d'inspiration humanitaire et sociale.

Accepter, pour limiter sa responsabilité, des conséquences aussi funestes, ne serait-ce pas une démission de la part du corps médical, ne serait-ce pas en refusant de « garantir la tâche à laquelle il préside » (165) renoncer à la dignité de chef ?

Sous-Section Deuxième

RESPONSABILITE DU MEDECIN DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'UN « NON-MEDECIN »

Si, dans l'exercice de la médecine moderne, le médecin est appelé à collaborer avec des confrères, il est encore plus appelé à recourir à la collaboration de « non-médecins », donc à voir sa responsabilité engagée du fait de l'activité médicale de ceux-ci.

Nous allons considérer, successivement, dans quelles conditions un médecin peut être responsable de l'activité d'étudiants en médecine, du personnel infirmier, voire de personnes totalement dépourvues de diplôme les qualifiant dans l'art de guérir.

---

(165) V. *supra*, p. 27.

§ 1. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale d'un étudiant en médecine.

Puisque nous ne basons pas la responsabilité contractuelle du médecin du fait d'autrui sur le droit d'autorité ou la possibilité de surveillance que le praticien exerce sur ses collaborateurs, nous ne pensons pas que l'étudiant en médecine doive à sa qualité même d'engager la responsablité du médecin qu'il remplace ou avec lequel il pratique. Il engage la responsabilité du médecin du seul fait qu'il est introduit par le praticien dans une tâche à laquelle celui-ci préside.

Ainsi, nous ne croyons pas, comme le pensent certains, que si un médecin ne peut répondre de son confrère remplaçant, il serait souhaitable qu'il réponde d'un étudiant remplaçant. A notre avis, le médecin doit répondre de l'un et de l'autre, parce qu'ils ont été introduits, tous deux, par lui dans l'exécution de son obligation.

La responsabilité du médecin sera-t-elle engagée *plus facilement* du fait d'un étudiant que du fait de ses confrères ?

C'est ce qui a été affirmé, notamment par un jugement du Tribunal Civil de la Seine en date du 7 janvier 1958 (166). Cette décision affirme que le médecin traitant qui, ayant pour un de ses clients à assurer avec soin une piqûre susceptible d'irradier sur le nerf sciatique, recourt, à cet effet, à un étudiant en médecine, hors de sa présense, se déchargeant ainsi sur un opérateur non diplômé de ses propres obligations, *doit, pour échapper à la responsabilité* résultant des extrêmes douleurs et de l'infirmité provoquées chez le malade par cette piqûre, *justifier que l'aide choisi avait les capacités nécessaires, et qu'en fait, il a procédé à l'intervention selon les règles de l'art.* Il faut préciser que les experts, tout en reconnaissant que les piqûres du médicament prescrit, faites normalement, sont souvent très douloureuses et le restent longtemps, avaient déclaré qu'elles ne provoquent jamais, quand elles ne sont pas faites en dehors du territoire électif, les lésions dont se plaint le malade.

M. Savatier, dans sa note sous le jugement, conçoit et explique la position du tribunal de la façon suivante : du moment que, suivant l'article 372 du Code de la Santé Publique, le médecin ne manque pas aux règles de sa profession en ayant recours à un auxiliaire pour les soins qu'il avait lui-même promis, on ne saurait lui faire grief de l'insuccès des soins ou de l'accident causé par eux, si ces soins sont demeurés tels qu'il les devait lui-même. C'est pourquoi un médecin échappera à toute responsabilité s'il *prouve* que l'aide choisi par lui avait les capacités nécessaires et qu'en fait il a procédé à l'intervention selon les règles de l'art. Seulement, il doit apporter cette preuve. En transposant ainsi la personne de l'exécutant, il ne peut plus bénéficier de la présomption de soins diligents qui est une « *faveur* » accordée aux seuls médecins exerçant leur métier avec les garanties légales.

---

(166) J.C.P., 1958. J. 10.506 et note Savatier.

Un tel raisonnement nous paraît construit dans la méconnaissance de l'étendue et de la nature de l'obligation contractée par le médecin. Celui-ci s'est engagé à l'égard du malade à lui prodiguer des soins consciencieux et diligents. Si le malade éprouve un préjudice, il doit, pour établir à l'encontre du médecin l'inexécution de son obligation, prouver que les soins ont été négligents et peu consciencieux.

Le fait que le médecin ait eu recours à un auxiliaire alors que ce faisant il n'a enfreint ni l'article 372 du Code de la Santé Publique qui, en son dernier alinéa, autorise les médecins à se faire assister par des étudiants, ni l'arrêté du 6 janvier 1962 qui, en certaines de ses dispositions, détermine la liste des actes médicaux pouvant être accomplis par un auxiliaire médical en l'absence du médecin traitant (167), ne constitue pas une négligence. Le malade doit donc chercher un autre élément susceptible de révéler la légèreté du praticien.

Contrairement à ce qu'estiment le Tribunal Civil de la Seine et M. Savatier, rien ne permet de renverser la charge de la preuve parce qu'un médecin a utilisé l'activité d'un auxiliaire, fût-ce un étudiant. C'est pur arbitraire que de l'affirmer. C'est d'ailleurs se méprendre sur la signification de cette charge que de la qualifier de « faveur » accordée au médecin alors qu'elle n'est que la conséquence logique, inéluctable du contenu de son obligation. Puisque les médecins s'engagent à être diligents, il est normal que ceux qui ont à se plaindre de leur attitude démontrent leur négligence ; il serait paradoxal que ce soit aux débiteurs d'une telle obligation à prouver leur diligence. Il n'y a dans l'attribution de la charge de la preuve au malade aucune faveur pour le médecin, faveur que celui-ci pourrait perdre dans des circonstances données.

Si, dans notre espèce, le malade n'avait pu relever aucune négligence de l'étudiant dans l'exécution de la piqûre, il serait avéré que le médecin aurait exécuté correctement l'obligation qu'il avait assumée. Il ne s'était pas engagé, bien que le médecin traitant, à soigner toujours par lui-même mais à apporter des soins diligents et consciencieux au malade. Or, c'est agir ainsi que de faire exécuter une piqûre par quelqu'un *bien choisi qui pratique lui-même sans négligence.*

En application même des règles de la responsabilité contractuelle, en matière d'obligation de moyens, la preuve d'une absence de négligence ne peut se déduire que du fait que la négligence n'a pas été prouvée.

En notre espèce, le malade avait d'ailleurs, selon le rapport des experts, la preuve de l'inexécution de l'obligation médicale bien facilitée. Comme nous l'avons expliqué lorsque nous évoquions les ques-

---

(167) En l'espèce, en effet, le médecin traitant avait chargé l'étudiant de pratiquer des injections intramusculaires, certes délicates, mais rentrant par leur nature dans la liste des actes médicaux pouvant être exécutés par un auxiliaire médical en l'absence du médecin.

tions de preuve en matière de responsabilité médicale (168), le fait qu'un traitement ne cause jamais le trouble dont se plaint actuellement le malade, lorsqu'il est correctement exécuté, constitue la preuve patente de la négligence de l'opérateur.

Ici, les experts ont affirmé que les piqûres du médicament prescrit ne provoquent jamais, quand elles ne sont pas faites en dehors du territoire électif, les lésions dont se plaint le malade. Donc, l'auxiliaire médical a pratiqué en dehors du territoire électif, a commis une négligence. Comme il a été introduit par le médecin dans l'exécution de son obligation — *peu importe qu'il soit diplômé ou non* — cette négligence ne constitue pas pour ce dernier une cause exonératrice au sens de l'article 1147 du Code Civil. Ce médecin doit donc être déclaré responsable du dommage subi par le malade.

Par conséquent, un médecin ne peut être responsable de l'activité médicale d'un étudiant que parce qu'il l'a introduit dans l'exécution de sa propre obligation médicale et que, par le fait de cet étudiant, cette exécution a été défectueuse. Le médecin n'est pas responsable sur la seule considération qu'il s'agit d'un étudiant.

Certes, nous n'avons envisagé que le cas où le médecin a choisi un étudiant *qualifié* pour accomplir l'acte qu'il lui a confié. Mais que se passerait-il si l'étudiant choisi n'était pas qualifié ? La responsabilité du médecin serait-elle engagée plus facilement ?

Certains le pensent qui estiment que le médecin devrait alors prouver que cet étudiant a agi correctement (169). Le renversement de la charge de la preuve serait justifié par le fait que le malade aurait déjà prouvé la négligence du médecin, consistant à faire accomplir son obligation par une personne non qualifiée. Nous nous rallions à cette opinion en précisant, toutefois, que, engagée sur ces bases, la responsabilité du médecin serait du type *personnel* et non du type du fait d'autrui.

§ 2. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale du personnel infirmier.

Nous allons étudier cette question à propos de chacune des hypothèses dans lesquelles peut se présenter la collaboration du personnel infirmier avec les médecins.

C'est ainsi que nous evisagerons, successivement, la responsabilité du médecin du fait du personnel infirmier qui l'assiste à son cabinet, qui

---

(168) *Supra*, p. 51.

(169) En ce sens, MM. Savatier, Auby & Pequignot, *op. cit.*, p. 304 « Les accidents causés par ce personnel (non qualifié) seraient *présumés* dûs à la faute du médecin. »

soigne un malade à domicile, qui est attaché à une clinique où il pratique ou qu'il dirige.

Responsabilité du médecin du fait du personnel infirmier qui l'assiste à son cabinet.

Etant donné les conclusions que nous avons déjà cru pouvoir tirer de l'étude de quelques cas de responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale d'autrui, il semble que ce problème soit aisé à résoudre et que la solution n'en soit pas très originale.

En effet, lorsqu'un médecin se fait assister, à son cabinet, par une infirmière (170), il fait exécuter par elle une partie des obligations qu'il a assumées à l'égard de son client ; par conséquent, en application de l'article 1147 du Code Civil, il doit répondre de l'activité dommageable de cette infirmière (171).

Responsabilité du médecin du fait du personnel infirmier qui soigne le malade à domicile.

Lorsque le médecin détache une infirmière, qui lui est attachée, au domicile de l'un de ses malades, il doit répondre de l'activité dommageable de celle-ci.

En effet, s'il confie le malade à sa propre infirmière, c'est qu'il considère que les soins que celle-ci va prodiguer lui incombent à lui, médecin traitant (172) si telle n'était pas sa conception, il ne se priverait pas ainsi de l'aide que son infirmière pourrait lui apporter pour d'autres clients, alors que le malade pourrait recourir à n'importe quelle infirmière de son choix.

Le médecin répond donc, en ce cas encore, de l'infirmière qu'il a introduite dans l'exécution d'une obligation qu'il a assumée.

Au contraire, lorsque le médecin prescrit un traitement qui ne peut être exécuté que par une infirmière, mais qu'il ne détache personne de

---

(170) Le personnel infirmier étant essentiellement composé d'éléments féminins, nous désignerons ordinairement l'un de ses membres par le nom d' « infirmière » ; mais bien entendu, nous ne distinguons pas juridiquement l'infirmier de l'infirmière.

(171) Cf. Mazen : *Thèse précitée*, p. 199 : « D'une façon générale, pour savoir si le médecin est responsable du fait de son aide, il convient d'analyser le contenu du contrat qui le lie au malade et de voir ce à quoi il s'est engagé. »

(172) Cf. J. Bardoul : *Thèse précitée*, p. 121, note 1 : « ... si le praticien amenait au chevet du malade une infirmière attachée à son service, qu'il chargerait d'exécuter ses prescriptions : on pourrait alors conclure qu'il assume lui-même, par l'intermédiaire de son aide, l'exécution du détail des soins. »

son cabinet, qu'il laisse au malade le soin de se procurer l'exécutante ou même qu'il en indique une parce que ce malade est embarrassé pour en trouver, en ce cas, le médecin n'est pas responsable de l'activité de l'infirmière. Celle-ci n'est pas introduite par le médecin dans l'exécution qu'il a assumée envers son client (173).

Bien sûr, si l'infimière cause un préjudice au malade, en appliquant scrupuleusement des instructions erronées du médecin, celui-ci en sera responsable. Mais en ce cas, il y aura responsabilité du type personnel et non responsabilité du fait d'autrui.

Il en serait de même si le médecin indiquait au malade, comme une infirmière sur laquelle pourrait porter son choix, une personne dépourvue de diplôme ou notoirement connue pour son insuffisance professionnelle (174).

De même encore, lorsqu'il s'agit de faire exécuter par une infirmière un traitement délicat ou dangereux, le médecin qui l'a prescrit doit surveiller l'infirmière (175) ou au moins procéder à des examens du malade suffisamment fréquents pour déceler le moindre signe d'une exécution imparfaite du traitement. Si le médecin manque à ce devoir et si l'infirmière a effectivement mal accompli sa tâche, la responsabilité du praticien sera engagée, à titre personnel et à titre personnel seulement, à côté de celle de l'exécutante.

Quelle sera la responsablité d'un médecin ou chirurgien qui pratique au domicile du malade *assisté* par une infirmière mise à sa disposition, et en somme sous ses ordres par ce malade ou que ce médecin ou chirurgien aurait désignée, à simple titre indicatif (176), à ce malade ?

---

(173) V. Mazen : *Thèse précitée* : « Il est des cas où le médecin s'engage à fournir seulement ses soins *personnels,* les soins complémentaires qui sont nécessaires quand le médecin ne peut agir seul sont fournis par le malade ou celui qui a contracté pour lui. »

V. pour une sage-femme, Lyon, 18 mai 1927. Mon. Judiciaire de Lyon, 22 nov. 1927, p. 7, mais cet arrêt est fondé sur la notion de préposition.

(174) Toutes ces solutions sont préconisées par M. Baglin in « Le risque professionnel médical et sa garantie. » Thèse, Paris, 1931, p. 48 et s., par Mme Caillol Borgeaud, in « Situation juridique de l'infirmière », Thèse, Marseille, 1936, p. 218, mais sont fondées, dans ces ouvrages, sur la notion de préposition. Par contre, Mme Rodet : « La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence actuelle », *thèse,* Lyon, 1937, p. 167, déclare : « En dehors d'une faute personnelle, le médecin ou le chirurgien ne sont responsables du fait de leurs auxiliaires que lorsqu'ils se sont *engagés* à fournir *eux-mêmes* les soins au cours desquels la faute a été relevée. »

(175) En ce sens encore cf. M. Mazen, p. 197 : Mais « on ne saurait reprocher au médecin d'avoir manqué à cette surveillance lorsque l'exécution du traitement est d'une pratique courante pour l'infirmier ». L'obligation de surveillance s'appréciera donc objectivement par rapport à la conduite d'un médecin moyen placé dans les mêmes circonstances.

(176) Si ce médecin ou chirurgien pratiquait avec l'assistance de son aide habi-

Par la faculté de choix qu'il laisse ainsi au patient, le médecin ou chirurgien considère certainement qu'il n'a pas à se charger des soins que l'auxiliaire sera amenée à donner. Par conséquent, il n'aura pas à répondre d'elle, de son activité (177), mais bien seulement de la sienne propre, quant à l'exécution de l'acte principal et aussi quant à la surveillance qu'il doit exercer sur l'infirmière.

Il n'y a donc lieu, en ce cas encore, qu'à responsabilité du type personnel.

En définitive, ici encore, dans l'hypothèse du personnel infirmier qui soigne le malade à domicile, il suffit de faire une simple application des règles de la responsabilité contractuelle après avoir déterminé l'étendue de l'obligation assumée par le médecin à l'égard du malade.

Responsabilité du médecin du fait du personnel infirmier attaché à la clinique où il pratique ou à la clinique qu'il exploite.

Ce problème est bien plus complexe que ceux que nous avons étudiés jusqu'à présent à propos du personnel infirmier. Sa complexité provient de ce que les infirmiers et infirmières attachés à une clinique sont introduits dans l'exécution de deux obligations assumées à l'égard du malade par deux personnes différentes : le médecin qui pratique à la clinique et la direction de la clinique.

La difficulté consiste, pour la désignation du responsable du fait de ce personnel infirmier, à déterminer la personne qui avait assumé l'obligation, dans l'exécution de laquelle l'acte dommageable de l'auxiliaire a été commis (178). Or, il est très délicat et presque arbitraire de tracer la frontière entre les obligations qui seraient assumées par le médecin seul, celles qui seraient assumées en commun par le médecin et la clinique (179).

---

tuelle et *imposée* au malade, il va sans dire que, comme à son cabinet, il en serait responsable, d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui.

Par son exigence, le médecin aurait reconnu qu'il se chargeait personnellement ou par autrui de la totalité des soins.

(177) En ce sens Lyon, 18 mars 1927 (*Index Médical*, Mai 1927) mais c'est un arrêt fondé uniquement sur la notion de préposition.

En sens contraire, MM. Savatier, Auby & Pequignot, *op. cit.*, p. 304, ici encore la solution préconisée est fondée sur la notion de préposition.

(178) Cf. Bardoul, *op. cit.*, p. 115, « Pour déterminer qui, du médecin ou de la clinique, doit réparer le dommage causé par la faute de l'infirmier, il suffit de savoir auquel de ces deux répondants possibles incombait l'obligation qui n'a pas été exécutée ou qui a été mal exécutée. »

En ce sens aussi M. Savatier dans sa note sous Montpellier, 30 janv. 1951 et Aix, 9 juillet 1951 : J.C.P. 1952.II.6743.

(179) Même ouvrage, p. 115 : « ... la difficulté demeure qui consiste à préciser les dommages respectifs des obligations assumées par la clinique et de celles qui restent à la charge du praticien. »

Il faut, pourtant, essayer d'établir le contenu le plus exact possible des obligations contractées par ces personnes et cela à la lumière des usages (180). Nous ne pouvons ajouter, à la lumière aussi de la jurisprudence et de la doctrine car, nous allons le voir, celles-ci, dans leur majorité, ne désignent le responsable du fait du personnel infirmier qu'en fonction du lien de préposition qui peut unir l'un à l'autre. Donc, si les solutions jurisprudentielles et doctrinales peuvent être pour nous un guide lorsque nous étudierons la responsabilité délictuelle du médecin du fait de l'activité médicale d'autrui, pour le moment, sur le plan de la responsabilité contractuelle, nous ne sommes que peu secondés dans la recherche d'une solution en accord avec les principes que nous avons cru pouvoir poser.

Nous envisagerons, conjointement, la responsabilité du *médecin* qui pratique dans une clinique et celle du médecin qui exploite une clinique du fait du personnel infirmier de la clinique ; en effet, leur étude séparée conduirait à obtenir une vue désordonnée d'une question dont tout l'intérêt réside dans l'interférence de deux obligations de soins, celle de la clinique et celle du médecin.

Nous savons déjà qu'une clinique s'engage à fournir au malade qui y entre les conditions nécessaires à la réalisation du traitement ou de l'intervention et l'exécution des prescriptions du médecin traitant ; mais nous ne sommes pas très bien fixés sur le contenu de l'obligation du médecin à l'égard d'un malade qu'il fait entrer en clinique.

Il semble — et nous avons déjà évoqué la question — que, dans les grandes lignes, et sans entrer pour le moment dans les détails, il faille distinguer la responsabilité du médecin qui *impose* une clinique au malade et celle du médecin qui traite son client dans la clinique que celui-ci a *choisie*, cette dernière hypothèse se faisant de plus en plus rare.

Il est bien certain que l'engagement, donc la responsabilité du médecin, doivent être plus étendus dans le premier cas que dans le second. En effet, nous avons vu, en étudiant la responsabilité du médecin du fait d'un confrère qui l'assiste ou qui collabore avec lui et qui est attaché à une clinique, imposée au malade, que le contrat passé entre cet établissement et le malade présente un aspect particulier dû à l'exigence manifestée par le praticien quant au choix de la clinique (181). Et nous avons couclu de cette constatation que le médecin qui impose une clinique à son malade s'engage, aux côtés de la clinique, à prodiguer à ce malade les soins que son état nécessite, en tout cas, sûrement ceux qui

---

(180) Cf. note précitée de M. Savatier sous Montpellier, 30 janv. 1951 et Aix, 9 juil. 1951 : « S'il n'y a pas de clauses particulières, en s'adressant à la fois au chirurgien et à la clinique, le malade demande à chacun ce qu'il est *normal* de lui demander d'après les usages et les contrats qui coordonnent l'activité du médecin et celui de la clinique. »

(181) Cf. *supra*, p. 64.

relèvent de la compétence des médecin attachés à la clinique et qui collaborent avec lui.

Le médecin se charge-t-il, vraiment, lorsqu'il impose la clinique au malade de *tous* les soins à prodiguer à celui-ci jusqu'à son rétablissement ?

C'est ce que nous allons voir en nous demandant de quels membres du personnel infirmier de la clinique un médecin doit répondre, suivant que, médecin pratiquant dans une clinique, il a laissé le malade choisir sa clinique ou qu'il la lui a imposée, ou suivant qu'il dirige une clinique.

Rappelons tout de suite (182) que si le malade s'adresse à une clinique en tant que centre de soins, au lieu de s'adresser à un médecin, la clinique se charge seule de tous les soins que nécessite l'état du malade, sauf de ceux que le spécialiste s'engage à prodiguer personnellement. La clinique sera donc responsable de tout le personnel infirmier, même de celui qui collabore directement avec le spécialiste.

Le malade qui subit une intervention ou un traitement en clinique passe par trois phases : avant, pendant et après l'intervention ou le traitement. Au cours de ces trois phases, des soins lui sont prodigués par le personnel infirmier de la clinique.

Le médecin, qui pratique dans une clinique ou qui dirige une clinique, va-t-il répondre des fautes commises par ce personnel au cours des trois phases ?

Nous précisons une fois pour toutes que, bien entendu, toute faute personnelle du médecin dans les ordres donnés, le choix, voire l'acceptation, et la surveillance du personnel infirmier, engage sa responsabilité. Mais là n'est pas l'objet de notre étude, au seuil de laquelle nous avons postulé l'absence totale de faute de l'éventuel responsable pour autrui.

Avant le traitement ou l'intervention, le malade est soumis, la plupart du temps, à des investigations de toutes sortes, voire à une préparation.

Si le malade a choisi lui-même sa clinique, seule la clinique doit répondre des fautes commises pendant cette phase préparatoire. Le médecin prescrit des investigations et une préparation que le malade fait exécuter par la clinique comme il les ferait exécuter par une infirmière qui viendrait à son domicile (183).

Si le médecin a imposé la clinique au malade, il semble bien qu'il doive répondre des fautes commises par le personnel infirmier pendant cette phase préparatoire : il a introduit, en effet, ce personnel dans l'exécution d'une obligation de soins qu'il a assumée par le fait même qu'il a imposé la clinique. La préparation à une intervention ou à un traitement est trop liée à cette intervention ou à ce traitement pour qu'il

---

(182) Cf. *supra*, p. 71.
(183) Cf. *supra*, p. 82.

soit discutable que le médecin s'en est chargé alors qu'il impose la clinique où elle doit être effectuée. La situation est à peu près la même que celle dans laquelle le médecin détache auprès d'un malade une de ses infirmières (184).

Néanmoins, et comme nous l'avons vu, lorsque nous avons étudié la responsabilité du médecin exploitant de la clinique du fait des médecins attachés à la clinique (185), cette dernière est responsable de son personnel et cela, que le médecin ait imposé ou non la clinique au malade, car de toute façon elle s'est engagée à l'égard de celui-ci à lui fournir tous les soins afférents à l'acte principal exécuté par le médecin traitant (186). Il n'en serait autrement que pour le personnel infirmier que ce médecin traitant aurait amené avec lui, déchargeant ainsi la clinique de son obligation de soins relevant de la compétence dudit personnel.

Cette phrase préparatoire étant terminée, il est procédé à l'exécution

---

(184) V. *supra*, p. 81.

Cf. une affaire, relative à la confusion, par l'auxiliaire d'une clinique, de flacons de sang destinés à l'analyse des groupes sanguins en vue d'une transfusion devant accompagner l'opération, affaire qui a donné lieu aux jugements et arrêts suivants :

Trib. corr. Toulouse, 11 janv. 1960, J.C.P., 1960.II.591 et note Savatier.

Toulouse, 7 juil. 1960, J.C.P., 1960.II.11871 et note Savatier Cass. Crim., 16 mai 1961, J.C.P. 1961.II.12.315 et note Savatier. Il semble bien, en l'espèce, qu'il y avait lieu plutôt d'engager la responsabilité *personnelle* du médecin qui avait confié à un auxiliaire non qualifié un acte qui, aux termes de l'arrêté, alors en vigueur, du 18 juil. 1956, exigeait que le médecin traitant s'assurât de la compétence de l'exécutant. Mais, si l'on admettait que cette incompétence était indécelable aux yeux de tout médecin placé dans les mêmes conditions que celui de notre espèce, il ne fallait pas rechercher, comme l'on fait la Cour de Toulouse et la Cour Suprême, si l'auxiliaire était le préposé de ce médecin, puisque le malade était lié à son médecin par un contrat, qu'il ne pouvait donc invoquer la responsabilité de celui-ci sur la base de l'art. 1384, ali. 5, qu'en un mot sa constitution de partie civile devait être rejetée. Nous verrons, *infra*, p. 103 et s., que même lorsque le médecin, ou son auxiliaire, a commis un délit, la responsabilité civile du médecin doit, à notre avis, rester contractuelle. Il faut signaler d'ailleurs que M. Savatier qui, en cas de délit, estime que la responsabilité du médecin doit être délictuelle (Traité de la Responsabilité Civile en Droit français, 2e éd., 1951, § 776), pense, dans sa note sous l'arrêt de la Cour de Cassation, que cette juridiction a été inspirée dans sa détermination du médecin comme commettant de l'infirmière par l'analyse implicite du contrat médical et par la réponse affirmative à la question : le médecin ne s'était-il pas substitué l'auxiliaire pour l'exécution d'obligations de soins dont il était lui-même tenu ? Ce médecin était, en effet, le médecin traitant du malade et l'avait conduit à une clinique en vue d'une opération où il devait prendre le rôle d'anesthésiste-réanimateur.

(185) V. *supra*, p. 72.

(186) Dans l'affaire précitée de la confusion des flacons de sang, la responsabilité de la clinique aurait dû être retenue à titre *personnel* pour emploi d'une auxiliaire non qualifiée. En ce sens, les notes de M. Savatier sous le jugement et les arrêts. Mais nous pensons que si l'erreur avait été commise par une auxiliaire qualifiée, ce qui eut été parfaitement possible, la clinique devait être, quand même, tenue contractuellement du fait de cette auxiliaire, car lorsqu'un malade entre en clinique, celle-ci s'engage sans aucun doute à le préparer pour le traitement ou l'intervention. La juridiction répressive devait, bien entendu, exclure la recherche d'une telle responsabilité.

du traitement ou à l'intervention. Le problème de la responsabilité du médecin traitant et du médecin exploitant de la clinique du fait du personnel auxiliaire semble plus difficile à résoudre que pour la phrase précédente des soins parce que cette fois-ci le médecin traitant est présent lors de l'exécution de ces soins ; il commande directement ce personnel, il peut le surveiller facilement et empêcher ses erreurs.

Mais avant de se laisser aller, influencé par ces éléments de fait, à désigner ce médecin traitant comme seul responsable de ce personnel, l'on ne doit pas perdre de vue les éléments sur lesquels se fonde une responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans le domaine médical : un engagement du médecin envers la victime et l'introduction d'un tiers dans l'exécution de cet engagement.

Or, et comme nous l'avons déjà remarqué, cet engagement du médecin traitant, sinon celui du médecin directeur de la clinique, variera dans son ampleur selon que le malade choisira la clinique ou qu'il se la verra imposer par ledit médecin. Si bien qu'il n'y aura pas une solution bien tranchée au problème de la responsabilité du médecin du fait du personnel auxiliaire en cours de traitement ou en cours d'intervention, mais des solutions nuancées adaptées aux contrats variés que peuvent passer un médecin avec son client qui doit entrer en clinique.

Lorsque le malade a choisi lui-même la clinique, nous ne croyons pas qu'il faille déduire de l'acceptation par le médecin d'exercer son art dans cette clinique, la prise en charge par lui, médecin, des soins prodigués par le personnel auxiliaire en cours de traitement ou d'intervention. L'indépendance prise par le malade établit une sorte de ligne de démarcation entre l'obligation de soins consciencieux, relative à son activité personnelle, contractée par le médecin et la charge des soins connexes, qu'ils soient antérieurs, concomitants ou postérieurs à l'acte principal exécuté par le médecin traitant, confiée à la clinique.

Si un dommage est causé au malade par un auxiliare médical, en cours de traitement ou d'intervention, le médecin traitant qui n'a pas imposé la clinique, qui a accepté celle du malade ou s'est contenté de lui en indiquer une, ne peut en répondre que *personnellement* s'il a commis une faute dans les ordres donnés ou dans la surveillance à exercer, mais il ne peut en répondre par la seule faute de l'auxiliaire. Celui-ci n'a pas été *introduit* par lui, médecin, dans l'exécution d'une obligation qu'il aurait assumée. Cet auxiliaire lui a été *adjoint* par le malade pour l'accomplissement d'une activité distincte de celle qu'il avait promise comme médecin traitant. La situation évoque, cette fois-ci,celle de l'intervention pratiquée au domicile du malade, avec l'assistance d'un auxiliaire choisi par le malade ou simplement indiqué par le médecin au malade (187).

---

(187) Cf. *supra*, p. 82.

En sens tout à fait contraire, Trib. civ. Marseille, 18 oct. 1951. *Gaz. Pal.*, 1951.2.431, ce jugement est basé sur la notion de préposition ; v. aussi la jurisprudence citée note 188 ci-dessous.

Par contre, lorsque le médecin a imposé la clinique au malade, nous pensons, une fois encore, qu'il a entendu se charger de l'intégralité des soins donc, à fortiori, de ceux concomitants à l'acte principal. Il doit donc répondre, même s'il n'a commis aucune faute personnelle, de l'activité des auxiliaires de la clinique qui l'assistent pendant l'exécution du traitement ou de l'intervention.

Quant au médecin exploitant de la clinique, ayant contracté de toute manière, envers le malade, une obligation de soins, il répond, comme précédemment, de l'activité de ce personnel auxiliaire (188).

Lorsque le traitement ou l'intervention a été accompli, se pose le problème de ce que l'on appelle couramment les « soins postopératoires ». Qui est responsable — le médecin traitant ou le médecin exploitant de la clinique — du dommage causé lors de leur exécution ?

Etant donné les bases sur lesquelles nous avons appuyé notre raisonnement, il est aisé de prévoir la solution que nous allons préconiser ici.

Si le médecin n'a pas imposé la clinique, il ne répond pas de l'activité du personnel auxiliaire au cours des soins postopératoires. Il y a une fois encore, en ce cas, une situation analogue à celle dans laquelle un médecin prescrit des soins exécutés au domicile du malade par une infirmière que celui-ci a choisie et qui exerce une activité complémentaire de celle du médecin et non l'activité même promise par le médecin.

Si le médecin, au contraire, a imposé la clinique, il a assumé également la charge des soins auxiliaires postopératoires et il doit répondre des fautes qui peuvent être commises dans leur exécution.

Une difficulté se présente, cependant, dans la détermination des contours des soins postopératoires : où s'arrêtent ceux-ci ? Où commencent les soins relevant du contrat d'hôtellerie que la clinique a, également, assumés, à l'égard du malade.

---

(188) Sur la responsabilité du fait du personnel auxiliaire assistant le médecin traitant, il existe un certain nombre de décisions de jurisprudence, mais qui sont fondées sur la notion de *préposition*, voire sur celle de *faute personnelle*. Elles ne devraient donc pas illustrer une étude de responsabilité *contractuelle* du fait *d'autrui*. Mais nous les indiquons car il est bon de connaître les solutions pratiques apportées en la matière dans une autre optique que la nôtre.

Paris, 8 oct. 1941,, *Gaz. Pal.*, 1941.2.444.

Bourges, 6 déc. 1949. J.C.P., 1950.2.5479 et note Rodière.

Trib. Civ., Bordeaux, 16 janv. 1950.D.1950. J., 122.

Paris, 15 juin 1954. J.C.P., 1954.8223. Cet arrêt envisage bien la responsabilité contractuelle de la clinique, mais envisage aussi la faute personnelle du chirurgien. Il conclut à la responsabilité *in solidum* de la clinique et du chirurgien. Nous avons exprimé, *supra*, p. 74, le point de vue, que nous partageons, de MM. Mazeaud, Ripert & Boulanger sur la notion d'engagement « in solidum » dans le domaine contractuel.

Cass. Civ. (1re sect.), 15 nov. 1955. *Gaz. Pal.*, 8, 9, 10 janv. 1956.

Trib. Civ. Seine, 24 nov. 1959. J.C.P., 1960.2.523. Ce dernier arrêt établit une distinction, dont nous relèverons dans quelques instants l'arbitraire, entre les soins en rapport étroit et direct avec la technique chirurgicale, relevant du chirurgien, et ceux qui constituent les soins courants et simples relevant de la clinique et au nombre desquels figurerait la fixation du malade sur la table d'opération.

Car il est bien certain que si, dans notre conception, le médecin qui exige de pratiquer dans un centre de soins déterminé assume par là-même l'intégralité du « travail médical », encore ne se charge-t-il pas des prestations hôtelières que doit fournir la clinique : ainsi lorsqu'un malade est intoxiqué par une alimentation impropre à la consommation, on ne peut rechercher valablement la responsabilité du médecin traitant. Certes, celui-ci ayant, par son exigence, défiguré, comme nous l'avons vu, le contrat passé entre la clinique et le malade, s'est engagé aux côtés de l'établissement, mais il n'a pu s'engager que dans le domaine *médical*, par le contrat *médical*.

Seule, la clinique a passé avec le patient un contrat à deux branches, médicale et profane : seule, ele doit répondre, en tous cas, des soins « profanes » et, éventuellement avec le médecin, des soins médicaux antérieurs, concomitants ou postérieurs au traitement.

Lorsque nous avons voulu délimiter le cadre de notre étude (189), c'est-à-dire définir « l'activité médicale », nous avons donné un critère assez large, lequel — mise à part la médecine préventive qui n'a rien à voir avec les soins postopératoires — impliquait tout acte que personne ne songerait à accomplir au profit d'un individu bien portant et qui a un but curatif direct.

Par conséquent, il semble que, pour distinguer les soins postopératoires, ou même préopératoires — mais pour ceux-ci la question se pose moins — des soins « profanes », il faut se demander si telle activité, tel soin aurait pu être accompli au profit d'un individu bien portant, séjournant dans un hôtel.

C'est ainsi que sans éliminer tout arbitraire, imperfection qu'il est presque impossible de bannir de la pensée humaine, on parvient à le réduire un peu en l'espèce.

Nous parlions, il y a quelques instants, d'intoxication alimentaire. Pris en lui-même, ce dommage ne doit pas engager la responsabilité du médecin qui a imposé la clinique, parce qu'il a été causé dans l'exécution d'une prestation d'hôtellerie. Mais si on considère le cas où une diététique particulière a été prescrite par le médecin et où elle n'a pas été ou a été mal observée par le personnel auxiliaire de la clinique, le trouble dû à cette alimentation défectueuse devrait, nous semble-t-il, engager la responsabilité du médecin traitant qui a imposé la clinique. A ce moment-là, en effet, l'alimentation du malade s'intègre dans le domaine des soins médicaux que ce médecin a assumés dans son intégralité, par son exigence d'une clinique déterminée.

La jurisprudence présente de très nombreux exemples de bouillottes ou d'arcs chauffants, portés à un trop haut degré de chaleur et placés dans le lit d'opérés non encore réveillés de leur anesthésie, donc incapables de faire cesser les brûlures que ces appareils leur occasionnent.

Les juridictions auxquelles les affaires de ce genre ont été soumises

---

(189) Cf. *supra*, p. 52.

— la plupart d'entre elles se plaçant d'ailleurs sur le terrain délictuel de la responsabilité du fait des préposés — ont établi une distinction entre les soins hospitaliers et les soins médicaux et ont fait rentrer la pose de bouillottes dans les premiers les faisant ainsi engager la seule responsabilité de la clinique (190). Cette distinction a été instituée pour briser la tendance jurisprudentielle qui consistait à rendre, en toutes circonstances, le médecin traitant responsable des soins postopératoires les plus courants (191).

Nous estimons, pour notre part, qu'en présence de l'actuelle situation de fait dans laquelle le plus souvent le médecin impose la clinique au malade, il ne faut pas distinguer soins hospitaliers et soins médicaux, d'autant plus que la catégorie des soins hospitaliers apparaît bien ambiguë (192), mais soins médicaux et prestations d'hôtellerie.

Or, et dans le cas de la pose de bouillottes, deux hypothèses peuvent être envisagées :

— ou bien la bouillotte est, quelle que soit la température ambiante, placée dans le lit du malade pour réchauffer son corps refroidi par l'anesthésie ou une extrême faiblesse ; il s'agit alors d'un soin médical (193) ;

— ou bien la bouillotte est placée dans le lit du malade, sur sa demande, comme elle serait placée dans le lit de n'importe quelle personne, parce que la température ambiante est trop basse ; il s'agit alors d'une prestation d'hôtellerie.

En vérité, les accidents causés par la pose de bouillottes ou d'arcs

---

(190) Trib. Civ. de Grasse, 28 oct. 1948. *Gaz Pal.*, 1948.2.253.
Paris, 7 juil. 1950 (inédit), cité dans la note sous Paris, 27 avril 1953, indiqué ci-dessous.
Montpellier, 30 janvier 1951. J.C.P., 1952.2.6743.
Aix, 9 juillet 1951, *ibid.*, et note Savatier.
Lyon, 29 oct. 1951. *Gaz. Pal.*, 1951.2.430 (relatif à l'exécution d'une piqûre post-opératoire).
Trib. civ. Seine, 24 juin 1952. D. 1952. J. 682.
Paris (1re Ch.), 27 avril 1953. *Gaz. Pal.*, 1953.1.417.
Paris, 21 juillet 1953, D. 1953.637 (relatif à l'administration d'un comprimé toxique).
Paris, 15 déc. 1953. J.C.P., 1954.2.8158 ; et note Savatier.
Cass. Civ., 26 fév. 1957. J.C.P., 1957.4.53.

(191) Paris, 4 juillet 1932. D.P. 1933.2.113 et note Lalou.
Bourges, 2 février 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.1.723.
Trib. Seine, 30 mai 1938. *Gaz. Pal.*, 1938.2.364.
Paris, 22 juin 1943. *Gaz Pal.*, 1943.2.90. Il y aurait plutôt ici responsabilité personnelle du médecin.
Ch. Crim., 21 fév. 1946 (inédit) cité dans la note sous Paris, 27 avril 1953 précité.

(192) Cf. J. Bourdoul. *Thèse précitée*, p. 119 : « ... comment définir ces soins pour les reconnaître des soins qui présentent un lien direct avec l'opération ? »

(193) Paris, 4 fév. 1957. D. 1957.2.271, tout en conservant le critère des soins hospitaliers et des soins médicaux inclut la pose de bouillotte dans les seconds étant donné les circonstances exceptionnelles qui l'avaient entourée.

chauffants, portés à un degré de chaleur trop élevé, se produisent presque exclusivement lorsqu'il s'agit d'un soin médical prodigué à un malade encore sous l'effet de l'anesthésie ; en effet, lorsque le malade, réveillé, réclame une bouillotte pour avoir un peu plus de confort, il est en mesure de s'apercevoir de la chaleur excessive de l'appareil avant qu'un dommage lui ait été causé.

Par conséquent, à notre avis, le médecin traitant qui a imposé une clinique au malade, qui s'est donc engagé à lui fournir la totalité des soins *médicaux*, répond des soins postopératoires y compris de la pose de bouillottes lorsque celle-ci revêt le caractère d'un soin médical.

Il ne faut pas se méprendre sur les motifs qui nous poussent à penser ainsi. Nous ne partageons nullement le point de vue de la jurisprudence ancienne qui croyait qu'il était du devoir du médecin d'assister au réveil de chacun de ses opérés et de surveiller dans les moindres détails l'exécution des soins les plus courants et les plus élémentaires. Une telle conviction ne peut se concevoir tant elle manque, à notre époque, de réalisme, pour ne pas dire de bon sens.

Mais la responsabilité *contractuelle* du fait d'autrui, que nous ne pouvons éluder dans les rapports du médecin et de son *client*, n'est aucunement basée sur des notions d'autorité et de subordination de fait ou de droit, mais sur l'étendue des obligations et sur la considération des personnes introduites dans l'exécution de celles-ci, quel que soit le lien qui les unit à celui qui s'est engagé ou même si aucun lien ne les unit à lui.

C'est ce qui nous permet de nous arrêter, en définitive, à ces conclusions d'ordre général :

Lorsque le médecin traitant n'impose pas la clinique au malade, il n'est responsable que de son activité personnelle comportant l'exécution de l'acte principal et la surveillance consciencieuse que tout médecin placé dans les mêmes conditions *peut* et *doit* exercer sur ses collaborateurs (194). Mme Caillol-Borgeaud, qui était diplômée de la Croix Rouge, donne dans sa thèse de doctorat sur la situation juridique de l'infirmière (195) un point de vue, sur l'étendue de la surveillance à exercer par le médecin sur l'infirmière, qui, étant donné la qualité de l'auteur, mérite d'être signalé : « Il nous semble... naturel d'admettre qu'à l'heure actuelle, on peut reconnaître à l'infirmière une certaine indépendance dans le domaine qui lui est propre. Il est indispensable que le médecin puisse s'en remettre totalement à elle pour tout ce qui entre spécialement dans ses attributions et qu'il n'ait pas le souci constant de la surveiller dans les actes normaux de sa profession... »

Au contraire, lorsque le médecin traitant impose la clinique au

---

(194) Cf. Bardoul : *Thèse précitée*, p. 121, note 1, qui assimile la situation du malade traité en clinique et celle du malade traité à domicile. Il est curieux que l'auteur qui distingue l'infirmière à domicile choisie par le malade de celle détachée par le médecin, de son cabinet, ne songe pas pour autant à distinguer l'hypothèse de la clinique choisie, de celle de la clinique imposée.

(195) Marseille, 1936, p. 165.

malade, il est responsable, en dehors de son activité personnelle, de toutes les personnes qui ont prodigué les soins *médicaux* que nécessitait l'état du malade.

Enfin, quelle que soit la façon dont un malade s'adresse à une clinique, le médecin exploitant de la clinique est responsable de l'activité de toutes les personnes qui ont prodigué les soins médicaux et fourni les prestations d'hôtellerie (196). Mais lorsque le malade s'est adressé à la clinique en tant que centre de soins pour qu'elle lui présente un médecin traitant, cette clinique n'est pas responsable de l'activité de celui-ci qui contracte seul avec le patient (197).

Comme nous l'avons vu, au sujet de la responsabilité des médecins-exploitants de cliniques du fait des médecins qui y pratiquent (198), lorsque le médecin traitant s'est engagé, en imposant la clinique, aux côtés du médecin exploitant de la clinique, à soigner totalement le malade, ces deux engagements sont indivisibles par nature ; mais, lors de leur exécution par équivalent pécuniaire, ils sont divisibles.

M. Mazen, dans sa thèse que nous avons déjà souvent citée, semble résumer en une simple phrase le point de vue que nous avons exprimé sur la responsabilité du médecin du fait du personnel auxiliaire : « En dehors d'une faute personnelle, le médecin ou le chirurgien ne sont responsables du fait de leurs auxiliaires que lorsqu'ils se sont engagés à fournir personnellement ou par l'intermédiaire d'autrui les soins au cours desquels la faute a été relevée. » (199)

§ 3. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale de personnes dépourvues de toute qualification pour soigner.

Nous avons déjà vu, au cours des études que nous avons faites de la responsabilité des médecins du fait de l'activité médicale d'autrui (200), que lorsqu'une tâche avait été confiée par un médecin à une

---

(196) Cf. J. Bardoul : *Thèse précitée*, p. 120 : « Aussi, pensons-nous que la solution de ces difficultés puisse-t-elle être cherchée sans inconvénient dans une opinion plus catégorique ; n'est-il pas plus exact, en droit et en équité, de poser en règle la responsabilité des cliniques pour toute faute commise par leurs employés, infirmiers ou auxiliaires, dans toute l'exécution de leurs fonctions ? »

Et, même page : « ... l'erreur consisterait à limiter le contrat qu'elle (la clinique) est amenée à passer, à une variété de commerce d'hôtellerie, alors que les clients qu'elle reçoit présentent cette particularité d'être des malades ; ceux-ci ne cherchent pas simplement à séjourner dans une installation confortable : ils attendent de la clinique les conditions spéciales exigées par le traitement ou l'intervention qu'ils doivent subir et l'exécution des ordres et des prescriptions que leur médecin traitant ou les spécialistes confieront à un personnel qualifié, supposé compétent. »

(197) Cf. *supra*, p. 71.

(198) Cf. *supra*, p. 74.

(199) P. 198. Au cours de notre étude, nous avons d'ailleurs indiqué des opinions semblables.

(200) Cf. *supra*, p. 80.

personne non qualifiée pour l'accomplir, le médecin était à titre *personnel* responsable de la négligence qu'il avait commise en utilisant l'activité d'une telle personne. L'examen de cette hypothèse ne rentre donc pas dans le cadre de notre étude limitée à la responsabilité sans faute personnelle pour faute d'autrui.

Si une tâche a été confiée par un médecin à une personne dépourvue de toute qualification pour soigner, alors que cette tâche ne requérait nullement pour son exécution une telle qualification, le médecin n'ayant commis aucune négligence n'encourt pas de responsabilité personnelle.

Néanmoins, ce médecin pourrait voir sa responsabilité engagée sur le plan contractuel par le fait d'une personne, quelle qu'elle soit, qu'il aurait introduite dans l'exécution d'une obligation qu'il aurait assumée.

C'est ainsi qu'il pourrait, éventuellement, répondre de l'activité d'un membre de sa famille ou de celle d'un membre de son personnel domestique ou de celui de la clinique dont il aurait utilisé le concours pour l'exécution de tâches banales ne nécessitant aucune qualification.

APPENDICE

Nous ajouterons un mot sur une question que nous avons cru devoir évoquer à propos de la responsabilité des médecins du fait de leurs confrères (201), mais que nous savons être un peu extérieure à notre sujet, c'est celle de la responsabilité du médecin du fait du dommage causé par un instrument ou appareil manipulé par une personne qu'il a introduite dans l'exécution de son obligation.

Lorsque cette personne est un non-médecin, la responsabilité du médecin est analogue à celle qu'il encourt lorsque cette personne est médecin. Mais cette personne non-médecin pour sa part, et à la différence du manipulateur-médecin, ne sera considérée, à aucun titre, comme gardienne des instruments puisque, comme nous le verrons un peu plus tard, elle est sur le plan délictuel, et à la différence d'un médecin, préposée du médecin qui l'introduit dans l'exécution de ses obligations. Or, il est extrêmement rare qu'un préposé puisse être gardien d'une chose appartenant à son commettant.

---

(201) Cf. *supra*, p. 68 et s.

LE POINT DE VUE DES MÉDECINS SUR LEUR RESPONSABILITÉ DU FAIT D'UN NON-MÉDECIN ET LES CRITIQUES QU'IL ENCOURT

Certains membres du corps médical refusent, avec autant de vigueur que lorsqu'il s'agissait de leur responsabilité du fait de leurs confrères, leur responsabilité du fait d'auxiliaires *qualifiés* pour accomplir *seuls* la tâche qui leur est confiée.

En définitive, la pensée de ces médecins se résume en ceci : chacun, dans sa spécialité, doit seul répondre de son activité.

Nous avons dit ce que nous pensions d'un tel point de vue à propos de la responsabilité des médecins du fait de leurs confrères (202).

Mais ce point de vue nous surprend plus encore quant à la responsabilité des médecins du fait de leurs auxiliaires même qualifiés. En effet, de quelque côté que l'on envisage la question, cette responsabilité nous paraît inéluctable.

Sur le plan contractuel, nous avons déjà expliqué que cette responsabilité du fait d'autrui était la conséquence imparable de l'article 1147 du Code Civil.

Sur le plan délictuel — sur lequel ne peut d'ailleurs se placer le malade vis-à-vis du médecin avec lequel il a contracté — nous verrons dans quelques instants qu'il existe, dans certains cas, un lien de préposition indéniable entre un médecin et ses auxiliaires qualifiés, que donc l'article 1384, alinéa 5 du Code Civil, doit s'appliquer.

Aussi, en l'état actuel de notre législation, il nous paraît vain de refuser une responsabilité inévitable.

On ne voit pas d'ailleurs pourquoi les médecins seraient les seuls, parmi les membres actifs de la société, à repousser une responsabilité qu'encourent tous ceux qui utilisent les services d'autrui. Il est bien évident pourtant que, presque toujours, dans toutes les entreprises humaines, il est fait appel aux services de spécialistes, que l'utilisation d'incapables est plutôt rare sinon aucune activité de quelque nature qu'elle soit ne pourrait être menée à bien. De telle sorte que s'il était fait droit à la demande des médecins en vue de leur irresponsabilité du fait d'autrui chaque fois que celui-ci est qualifié — car c'est de cela qu'il s'agit en définitive — il faudrait supprimer la responsabilité du fait d'autrui de notre droit. Il nous semble que ce ne serait pas souhaitable, que ce serait même directement contraire à la tendance humanitaire et sociale de notre époque qui assure la protection des faibles. Or, quoi qu'en pensent certains médecins désireux de limiter leur responsabilité, le malade est physiquement et psychologiquement faible, livré, certes, à la sollicitude bienveillante et bienfaisante du corps médical, mais aussi à son autorité et à ses exigences, presque toujours légitimes d'ailleurs, mais auxquelles en définitive il ne peut, en fait, se dérober.

---

(202) Cf. *supra*, p. 76 et s.

Section Troisième

RECOURS DU RESPONSABLE CONTRE L'AUTEUR DU DOMMAGE VALIDITE DES CLAUSES DE NON-RESPONSABILITE DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI ASSURANCE DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI

Celui qui a été désigné, en application de l'article 1147 du Code Civil, comme responsable du fait de l'activité médicale d'autrui, peut-il se retourner contre l'auteur matériel du dommage (203) ? Cela dépend des liens juridiques qui unissent le responsable à l'auteur du dommage.

Lorsque le responsable a passé un contrat avec l'auteur du dommage, contrat de remplacement, d'assistance ou de louage de service, le responsable peut obtenir, en application encore de l'article 1147 du Code Civil, l'exécution par équivalent pécuniaire de l'obligation d'activité médicale prudente et diligente assumée par son cocontractant et non accomplie par lui (204).

Mais lorsqu'aucun contrat n'a été passé par le responsable avec l'auteur du dommage, par exemple lorsqu'un médecin traitant est responsable du personnel de la clinique où il pratique et qu'il a imposée au malade, comment le recours peut-il s'opérer.

On pourrait songer, en ce cas, à appliquer à l'auteur du dommage les articles 1382 et 1383 du Code Civil, comme le concevait la Chambre Civile de la Cour de Cassation, lorsqu'elle admettait le recours de l'Etat et des collectivités publiques contre l'auteur de l'accident causé à leurs fonctionnaires et agents, en raison du préjudice subi par ces collectivités qui doivent verser aux victimes des traitements ou soldes sans prestations correspondantes ou encore des pensions et indemnités ne constituant,

---

(203) Il ne faut pas oublier que l'auteur du dommage peut toujours, si la victime le désire, être poursuivi sur la base de l'article 1382 du Code Civil, sauf lorsqu'un contrat a été passé entre lui et la victime comme dans l'hypothèse du médecin remplaçant, auquel cas la responsabilité contractuelle joue encore.

(204) Il faut noter que, dans le cas où les infirmières d'un établissement de soins à exploitation médicale sont des religieuses bénévoles, s'il n'y a pas, en vérité, de contrat de travail entre cet établissement et chaque religieuse, il y a néanmoins, conclusion entre l'établissement et la congrégation hospitalière à laquelle appartient la religieuse, d'un traité, qu'à notre avis, le médecin responsable, directeur de l'établissement de soins, pourrait invoquer afin d'exercer un recours contre la religieuse — en fait la congrégation — dont il aurait eu à réparer la faute.

jusqu'alors, que des dettes éventuelles. Mais la Chambre Criminelle déclarait un tel recours irrecevable, par le motif que le préjudice, en admettant qu'il existât, résultait, non du délit, mais de l'application du statut des fonctionnaires et agents (205).

Cette dernière position a dû triompher, en définitive, puisque l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 (206) confère à l'Etat contre le tiers responsable, par *subrogation* (207) aux droits de la victime ou de ses ayants-droit, une action en remboursement de toutes les prestations versées ou maintenues.

Transposant ces données jurisprudentielles, en notre domaine de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui, on pourrait incliner à penser que si le médecin responsable pour autrui subit un dommage certain du fait de l'indemnisation qu'il doit assurer au malade, encore ce préjudice résulte-t-il, non de l'imprudence ou de la négligence d'autrui, mais de l'application du contrat passé par le médecin avec son client, de telle sorte que les articles 1382 et 1383 du Code Civil sont inapplicables. Nous ne pensons pas qu'il faille adopter ces subtilités (208).

De toute façon, nous estimons qu'en particulier le médecin responsable du fait du personnel de la clinique où il pratique, habituellement, et qui a versé au malade une indemnité, peut se retourner contre la clinique ; celle-ci est, en effet, contractuellement responsable du fait de son personnel à l'égard du médecin puisqu'elle a passé, avec lui, un contrat aux termes duquel elle doit fournir un équipement en bon état et un personnel diligent (209).

A son tour, la clinique pourra se retourner contre l'auteur du dommage pour inexécution ou mauvaise exécution du contrat de louage de services.

Le médecin qui utiliserait l'activité d'une personne avec laquelle ou avec le commettant de laquelle il n'aurait passé aucune convention, ne pourrait exercer de recours contre elle, que sur la base de l'article 1382 du Code Civil.

* * *

Le médecin peut-il, avant d'accepter de soigner un client, demander

---

(205) Crim., 21 nov. 1931. D.P. 1932.I.153 et note Capitant.
28 juillet 1933. D.P. 1934.I.50 et note Waline.
7 mai 1937. D.H. 1937.366.
14 nov. 1956. D. 1957. Somm. 26.
24 oct. 1937. D. 1959. Somm. 3.

(206) D. 1959.219 ; B.L.D. 1959.377.

(207) Donc pas de droit direct.

(208) En ce sens, MM. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, p. 343.

(209) Cf. en ce sens, MM. Savatier, Auby et Péquignot, *op. cit.*, § 425 *bis* : « ...La clinique est encore tenue de fournir une installation et une organisation permettant au médecin de remplir ses propres obligations. Cette obligation existe *à l'égard du médecin* et à l'égard du malade... »

à celui-ci de consentir à ne pas invoquer la responsabilité de son médecin du fait de ceux que celui-ci utilise dans l'exécution de son obligation ?

Disons, tout d'abord, qu'une pareille demande aurait lieu d'inquiéter la clientèle et aurait pour effet assez immédiat de la détourner du cabinet du médecin.

Mais une telle demande serait-elle valablement acceptée par le malade ?

Nous en doutons.

En effet, s'il s'agit, il est vrai, pour le médecin de se dégager d'une responsabilité *contractuelle* et encore du *fait d'autrui*, domaine qui paraît tout à fait le lieu d'élection des libres conventions des parties, il ne faut pas oublier le contenu de l'obligation dont il s'agit, en définitive, d'éviter l'exécution par équivalent pécuniaire, s'il y a lieu. Cette obligation consiste, en effet, pour le médecin, à prodiguer au malade des soins consciencieux et diligents au cours de l'activité médicale qu'il s'est engagé à exercer par lui-même ou par l'intermédiaire d'autrui.

Si le médecin était déchargé par le malade de sa responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui, cela aboutirait à le dégager partiellement de son obligation de conscience et diligence.

Or, ce résultat ne doit être admis à aucun prix car cette obligation n'est pas en réalité introduite dans le contrat médical par la seule volonté des parties mais, suivant l'article 1135 du Code Civil, sinon par la loi, du moins par l'équité et l'usage, et cela avec un caractère tellement impératif qu'il ne faut pas craindre de dire qu'une telle obligation est d'ordre public (210), donc insusceptible d'être modifiée, au moins dans un sens restrictif, par la volonté des parties.

Nous l'avons vu, le médecin ne peut se libérer de la charge que constitue pour lui la responsabilité contractuelle du fait d'autrui qu'à la condition, dès la conclusion implicite du contrat médical, de délimiter l'étendue de l'engagement qu'il s'apprête à prendre, de le restreindre en fait à son activité strictement personnelle, ce qui, en l'état actuel du développement de la médecine d'équipe, est pratiquement impossible.

---

(210) Nous reviendrons sur cette idée, dans quelques instants, lorsque nous envisagerons la responsabilité médicale délictuelle du fait d'autrui. Dès à présent, nous pouvons citer en ce sens l'opinion de :

M. Mazen, *Thèse citée*, p. 70 : « Il convient d'ailleurs de remarquer que les obligations contractuelles ou quasi-contractuelles qui incombent au médecin sont exactement semblables et même s'assimilent aux obligations légales qu'assumerait le médecin si l'on voulait méconnaître l'existence du contrat ou du quasi-contrat qui unit le médecin au malade.

« Ces obligations revêtent, en effet, un caractère professionnel et, à ce titre, elles sont d'ordre public et s'imposent aussi bien au médecin qui donne ses soins spontanément qu'à celui qui est appelé auprès du malade » ; et p. 234 : « ...La nature professionnelle (de la faute médicale) lui donne un caractère d'ordre public et les parties ne peuvent pas la modifier dans leur contrat, la faute médicale ne peut être l'objet de clauses d'exonération de la part du malade. »

Cf. l'opinion de MM. Marty et Raynaud (in *Droit civil*, t. II : Les Obligations, p. 88) sur cette optique.

Mais dès que le médecin a assumé une obligation de soins dont la complexité exige la collaboration d'un certain nombre de personnes, ce médecin ne peut s'exonérer de la responsabilité qu'il pourrait encourir du fait de l'activité médicale de ces personnes.

*
* *

Le médecin peut-il s'assurer contre le risque de voir sa responsabilité engagée du fait d'autrui ?

Non seulement nous pensons qu'il le peut, mais encore qu'il doit le faire afin que le malade auquel il serait amené à devoir réparation ne puisse souffrir sur le plan matériel de la plus ou moins grande insolvabilité de son médecin, ce qui pourrait arriver fréquemment étant donné le montant parfois très élevé des indemnités qui permettent une approximative réparation du dommage.

Sans doute faudra-t-il que, dans le contrat d'assurance, le médecin précise les personnes dont il pourrait avoir à répondre et les conditions dans lesquelles il a recours à elles (211). Ainsi, lorsqu'il y aura lieu de faire jouer la garantie de l'assureur, il n'y aura pas à affronter des difficultés dues à une mauvaise ou insuffisante détermination du risque couvert. Nous avons vu (212) que c'est ce que conseille, à propos de l'assurance par le remplacé de l'activité du remplaçant, le guide pratique d'exercice professionnel à l'usage des médecins publié par l'Ordre National des Médecins.

---

(211) Cf. à ce sujet et en ce sens la thèse de M. Baglin : « Le risque professionnel médical et sa garantie. » Paris, 1931, p. 123 et s.

(212) *Supra*, note 125.

Chapitre Deuxième

RESPONSABILITÉ EXTRACONTRACTUELLE DES MÉDECINS DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI

Lorsque nous avons abordé l'étude de la responsabilité des médecins du fait de l'activité médicale d'autrui, nous avons songé aux rapports contractuels qui unissent généralement médecin et malade, mais aussi aux hypothèses dans lesquelles des liens juridiques se nouent entre eux en dehors de tout accord de volontés (213).

Voici le moment venu d'envisager ces hypothèses et de nous demander, ensuite, à leur propos, lorsqu'un dommage est causé au malade, par un tiers introduit dans les soins par le médecin, quel est le mécanisme de la responsabilité qu'encourt ce médecin du fait de l'activité médicale de ce tiers.

Section Première

DETERMINATION DES CAS DANS LESQUELS IL NE PEUT ETRE FAIT APPEL A LA RESPONSABILITE MEDICALE CONTRACTUELLE

Avant de procéder à cette détermination, nous considèrerons, rapidement, les cas dans lesquels il semble logique de faire jouer la responsabilité médicale contractuelle et pour lesquels certains souhaiteraient que cette responsabilité ne soit pourtant pas invoquée ou hésiteraient à l'invoquer.

M. M. Mignon, dans une chronique sur le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens (214) déclarait, il y a une dizaine d'années, que « l'analyse des rapports entre le praticien

---

(213) Cf. *supra*, p. 41 et s.

(214) D. 1950, Chr. p. 121.

et son client révèle que la responsabilité médicale tient beaucoup plus souvent dans la violation d'obligations légales et professionnelles que dans un manquement à une obligation contractuelle » ; ce juriste cite, d'ailleurs, à l'appui d'une telle assertion, une note de M. Nast, antérieure à 1936 (215), il est vrai, qui affirme qu'on ne saurait, sans forcer les mots, parler de responsabilité contractuelle quand on est en présence de la violation d'une obligation qui est demeurée en dehors de la volonté des parties et qui n'est imposée que par la loi, la coutume ou la jurisprudence.

Nous avons parfaitement admis, il n'y a pas bien longtemps (216), le caractère d'ordre public de l'obligation médicale, caractère qui ne permet pas à la volonté des parties de restreindre l'étendue d'une telle obligation.

Par contre, nous ne pouvons admettre que lorsqu'une telle obligation s'est insérée dans le cadre d'un contrat, elle conserve une nature tellement extracontractuelle qu'aucune responsabilité contractuelle ne puisse naître de son inexécution.

Raisonner ainsi ne conduirait-il pas, en fait, à nier l'existence de toute responsabilité contractuelle ? En effet, l'article 1134 du Code Civil dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et qu'« elles doivent être exécutées de bonne foi ». Chaque inexécution d'une obligation assumée par contrat ne se ramènera-t-elle pas, en définitive, à la violation de l'obligation *légale* posée par l'article 1134 (217) ?

Il ne faut pas, d'autre part, commettre de confusion : en réalité, la jurisprudence prétorienne, qui a pris naissance avec l'arrêt Nicolas c/Mercier de 1936, n'a pas créé à la charge des médecins une obligation particulière absolument distincte de celle qui s'impose aux autres personnes se trouvant en rapport avec autrui par contrat ou autrement. Elle s'est contentée de préciser en quoi consistait pour le médecin, soit l'obligation générale des articles 1382 et 1383 du Code Civil selon laquelle on ne doit causer aucun tort à autrui, même par imprudence ou négligence, soit l'obligation imposée aux cocontractants par l'article 1134 du Code Civil, selon laquelle « (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi ».

De telle sorte qu'encore une fois, nier le caractère contractuel de la responsabilité encourue par le médecin pour violation de son obligation de soins consciencieux et diligents, c'est nier l'existence de toute responsabilité contractuelle, ce qui serait, pour le moins, une position un peu hardie.

---

(215) Note sous Aix, 16 juillet 1931 (D.P. 1932.2.5).

(216) Cf. *supra*, p. 98.

(217) Surtout en matière d'obligations de prudence et de diligence où l'inexécution implique, forcément, la mauvaise foi entendue, certes, au sens large : l'intention de nuire n'y est pas, en général, mais bien l'intention de ne pas mettre tout en œuvre en vue d'une exacution scrupuleuse.

Il a été soutenu (218), aussi, que si la responsabilité médicale est en principe une responsabilité contractuelle, il en est autrement lorsque le manquement à son obligation commis par un médecin présente les caractères d'une imprudence ou d'une négligence constitutifs des infractions d'homicide par imprudence et de coups et blessures par imprudence.

Nous avons deux raisons de ne pas adopter une telle opinion.

La première, c'est que — nous l'avons dit lorsque nous expliquions l'intérêt qu'il pouvait y avoir à distinguer la responsabilité délictuelle de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui (219) — aux termes d'une jurisprudence constante née en 1922, les articles 1382 et 1383 du Code Civil ne s'appliquent qu'en matière de délits et de quasi-délits et *ne peuvent être invoqués pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation contractuelle :* il n'y a pas d'option entre les deux responsabilités (220).

Or, chaque fois qu'un médecin commet, au préjudice de son malade, le délit d'homicide par imprudence ou celui de coups et blessures par imprudence, il n'exécute pas l'obligation contractuelle qu'il a assumée. Donc seule la responsabilité contractuelle peut l'engager.

La seconde raison pour laquelle nous ne pouvons adopter l'opinion que nous avons indiquée, c'est que chaque fois qu'un médecin n'exécute pas l'obligation qu'il a assumée et qu'il cause ainsi un préjudice à son malade, il commet, soit le délit d'homicide par imprudence, soit celui de coups et blessures par imprudence.

Par conséquent, dire que lorsque le médecin a commis l'un de ces délits, le malade peut opter entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, c'est nier toute valeur à l'arrêt Nicolas c/Mercier du 20 mai 1936 (221) et à la jurisprudence qu'il a inaugurée ; c'est, en effet, à propos d'un médecin qui avait causé par sa négligence une radiodermite (222) à sa malade que la Cour Suprême a déclaré en termes précis que la « la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle (celle assumée par le médecin) est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle ». Les circonstances de la cause auraient permis à la Cour de Cassation, si elle l'avait désiré, de présenter cette responsabilité sous les deux aspects contractuel

---

(218) Explicitement ou implicitement :
Crim., 16 avril 1921. D.1921.I.184.
Crim., 12 déc. 1946. D.1947.J.94.
Savatier : *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2e éd., 1951, p. 377.
Savatier, Auby et Péquignot, *op. cit.*, p. 288.
Trib. Correct. Toulouse, 11 janv. 1960. J.C.P. 1960.II.591.
Toulouse, 7 juil. 1960. J.C.P. 1960.II.11871.
Cass. Crim., 16 mai 1961. J.C.P. 1961.II.12315 et notes Savatier (précitées).

(219) Cf. *supra*, p. 28.

(220) V. en ce sens MM. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, t. I, § 202.

(221) Précité.

(222) Une radiodermite ne peut-elle pas être qualifiée, sans conteste, de blessure par imprudence ?

et délictuel sous lesquels certains voudraient la voir jouer. Or, elle ne l'a pas fait (223).

Certes, la jurisprudence n'est pas à l'abri de toute critique, nous nous sommes d'ailleurs permis, en d'autres domaines, d'en porter sur ses décisions. Mais nous estimons, cependant, que lorsqu'un raisonnement, dont le but n'est pas de nier une institution ou un mécanisme juridique (224), a pour effet de les rendre cependant sans valeur, sans raison d'être (225), un tel raisonnement a besoin d'être repensé.

Il semble, d'ailleurs, que M. R. Savatier, dans une note sous un arrêt de la Cour de Cassation du 13 mai 1955 (226), ait précisé son opinion sur cette question et puisse être alors pleinement approuvé, il déclare : « S'imaginer, a priori, entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, une force de répulsion telle que l'existence d'un contrat rendrait une des parties irrecevable à demander, à titre délictuel, justice d'une faute dont le *principe* est *distinct* de la *violation du contrat* et qui lui a causé un *préjudice différent de l'inexécution du contrat*, c'est se prendre aux mots. On attribuerait ainsi à la règle du non-cumul un effet que, sans doute, peut suggérer la formule, mais que repoussent les réalités.

« ... Nous pensons... que pour qu'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle puisse et doive être affirmée comme engendrant une responsabilité propre d'un contractant envers l'autre, il faut tout à la fois, comme nous l'avons écrit (voir notre Traité de la Responsabilité Civile, T. 1, n° 152), d'une part, « *que le fait incriminé ait manqué à un devoir, indépendant du contrat*, d'autre part *que le dommage causé par cet acte ait porté atteinte à un bien patrimonial ou moral de la victime, autre que le simple bénéfice du contrat* ».

Nous n'avons rien à ajouter à ces affirmations car nous les faisons nôtres sans restriction. Nous en tirons, néanmoins, « a contrario », la conclusion que lorsqu'une plainte a été déposée par un malade contre un médecin pour coups et blessures par imprudence, le tribunal correctionnel doit rejeter la constitution de partie civile de la victime et renvoyer celle-ci devant le tribunal civil, pour la sauvegarde de ses intérêts civils. Cette dernière juridiction accordera réparation du dommage sans hésiter puisque la faute pénale sanctionnée s'identifiera avec la faute contractuelle et que l'autorité de la chose jugée s'attachera, ainsi, à son existence.

---

(223) Note Esmein sous Cass. Civ., 30 octobre 1962. D.1963.J.57 : « Mais dans le célèbre arrêt du 20 mai 1936... la Cour de Cassation pour faire échapper le client qui avait tardé à agir, à la prescription de trois ans de l'action civile, fondée sur une faute du médecin constituant le délit prévu par l'art. 319 ou 320 C. Pénal, a décidé que lorsque cette faute a eu lieu dans l'exécution d'un contrat, on doit faire abstraction du fait qu'elle constitue une faute pénale et par suite aussi une faute civile. »

(224) Ici la responsabilité contractuelle du médecin.

(225) Pourquoi affirmer que la responsabilité médicale est contractuelle si, en fait, dans tous les cas, elle est à la fois contractuelle et délictuelle.

(226) Cass. Civ., 2e Sect. Civ., 13 mai 1955. D.1956.J.53.

D'autre part, même après la prescription de trois ans de l'action publique, la victime pourra demander, au tribunal civil, réparation sur la base du contrat. L'arrêt Nicolas c/Mercier affirme, en effet, que « l'action civile qui réalise une telle responsabilité (médicale, contractuelle) ayant ainsi une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante échappe à la prescription triennale de l'art. 638 C.I.C. »

*
* *

La question s'est posée, enfin, de savoir s'il y avait formation d'un contrat médical lorsqu'un médecin soignait un confrère gratuitement selon la tradition du corps médical.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 18 janvier 1938 (227) a affirmé qu'une Cour d'Appel pouvait, souverainement, décider, en partant de l'appréciation de la commune intention des parties, que l'absence de rémunération que les médecins s'accordent entre eux suivant les usages à peu près constants peut s'interpréter « comme une remise volontaire de dette fondée sur la réciprocité » et que les juges du fond pouvaient ainsi reconnaître le caractère onéreux du contrat.

Il nous semble, pour notre part, que malgré l'ingéniosité indiscutable de l'analyse réalisée par cette Cour d'Appel, il ne faille pas compliquer le problème plus qu'il ne l'est en réalité. L'article 1105 du Code Civil définit le contrat de bienfaisance comme le contrat dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit. Le fait pour un médecin de soigner gratuitement un confrère, et même, ajouterons-nous, un malade ordinaire, paraît bien rentrer dans le cadre d'une telle définition (228).

Il n'y a donc pas de raison, à notre avis, pour décider que, dans cette hypothèse, on ne peut faire jouer la responsabilité contractuelle ou qu'on peut la faire jouer parce qu'en fait le contrat est à titre onéreux (229). On peut faire jouer la responsabilité contractuelle parce qu'il y a contrat. Peut-être cette responsabilité pourra être appréciée avec plus d'indulgence puisqu'elle découle d'un contrat à titre gratuit, mais encore n'y a-t-il là qu'une simple faculté pour le juge.

*
* *

Si, dans les circonstances que nous venons d'évoquer, nous pensons qu'il ne faut pas hésiter à faire jouer la responsabilité contractuelle, il est bien certain qu'il ne peut en être de même dans certains cas dans

---

(227) J.C.P. 1938.II.625.

(228) V. en ce sens M. Esmein dans sa note sous l'arrêt précité de la Cour de Cassation du 18 janvier 1938 au S.1939, p. 201.

(229) En ce sens, MM. Savatier, Auby et Péquignot, p. 238.

lesquels le dommage a été causé à la victime par le médecin, totalement en dehors du cadre contractuel.

Il est ainsi une hypothèse assez étrange et qui, cependant, se réalise assez souvent, c'est celle dans laquelle le médecin et la victime du dommage, causé par l'activité médicale de ce médecin, ne sont jamais entrés en rapports contractuels.

C'est le cas lorsque le médecin cause un dommage à un tiers au contrat médical, avec un instrument par exemple.

Mais cette hypothèse se présente, surtout, dans le domaine des accidents lorsqu'une victime inanimée est l'objet de soins immédiats ou lorsque, toujours inanimée, elle est transportée, par un médecin, sans même que son entourage puisse être prévenu, dans un centre de soins.

Quels sont les liens qui unissent, alors, le médecin au malade, quelle est, en conséquence, la nature de la responsabilité qu'encourt le médecin s'il cause par son activité un dommage au malade ?

On pourrait avoir la tentation de penser que puisqu'il ne peut y avoir contrat et donc responsabilité contractuelle, il n'y a lieu de faire jouer que la responsabilité délictuelle.

Mais ce serait oublier l'article 1372 du Code Civil sur la gestion d'affaires ; la définition qu'il donne de ce quasi-contrat s'adapte fort bien, comme l'ont remarqué une certaine doctrine et une certaine jurisprudence qui admettent que la gestion d'affaires peut consister en actes matériels, à la situation créée par un médecin qui prodigue, de son propre chef, des soins à un malade inconscient (230).

Il semble, en conséquence, que la responsabilité encourue par le médecin lorsqu'il cause un dommage au malade dérive, non du principe général des articles 1382 et 1383 du Code Civil, mais dérive de l'article 1374 qui dispose : « Il (le gérant d'affaires, ici le médecin) est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille... » C'est là, remarquons-le, une obligation tout à fait analogue à l'obligation de soins diligents et consciencieux mise à la charge du médecin qui a contracté avec son client ; si bien que la responsabilité quasi-contractuelle que peut encourir le gérant d'affaires, médecin également, est une responsabilité analogue à la responsabilité contractuelle médicale. A cette différence près, cependant, que le deuxième alinéa de l'article 1374 ne peut s'appliquer qu'au seul médecin gérant d'affaires ; il dispose que « néanmoins les circonstances, qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts

---

(230) Cf. Mme Rodet : La Responsabilité Civile des médecins et la jurisprudence actuelle. *Thèse*, Lyon, 1937, p. 110. MM. Savatier, Auby et Péquignot, *op. cit.*, p. 239 : « ...Le médecin... a... la direction générale des soins tant que le malade ne peut exprimer normalement sa volonté. Et il a droit aux honoraires normaux des soins donnés par lui. La Cour de Cassation a, sans doute, décidé qu'il ne pouvait les réclamer en vertu d'un contrat. Mais, elle n'a jamais nié, au contraire, qu'il puisse y prétendre en vertu d'un quasi contrat de gestion d'affaires. » MM. Mazeaud : *Leçons de droit civil*, t. II, § 680.

qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant ». Cette disposition est à approuver bien que, pour toute personne et a fortiori pour un médecin, l'assistance à une personne en péril constitue une obligation légale : il n'en est pas moins équitable de montrer une certaine indulgence à l'égard de celui, fût-il un technicien, qui spontanément a soigné une personne (231).

Si c'est le représentant de l'incapable, si c'est l'entourage du blessé inconscient ou même si c'est un tiers qui prend l'initiative de confier le blessé ou l'incapable à un médecin, quels sont alors les liens qui unissent celui-ci à son malade ?

Lorsque c'est le représentant de l'incapable qui a contracté avec le médecin, il l'a fait au nom de l'incapable ; donc le médecin est directement lié à son malade par un contrat, par le mécanisme de la représentation, et s'il lui cause un préjudice, il engage sa responsabilité contractuelle.

Si c'est l'entourage du blessé ou du malade inconscient, ou un tiers qui lui est totalement étranger qui demande à un médecin ou à un centre de soins d'intervenir, il semble, qu'en ce cas encore, il y ait gestion d'affaires. Mais cette fois-ci, le gérant n'est plus le médecin mais l'entourage ou le tiers, le tiers fût-il l'État ou une collectivité publique représenté par la force publique. Comme il est évident qu'une telle gestion d'affaires a été utile, le malade ou le blessé doit, en application de l'article 1375 du Code Civil, « remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom » ; ce qui implique qu'en retour, il peut être créancier des obligations que l'on a assumées envers le gérant. De quelle nature est sa créance ? MM. Ripert et Boulanger, dans leur traité de Droit Civil (232), estiment que lorsque la gestion d'affaires consiste à conclure un contrat pour autrui — ce qui est le cas en notre domaine — il y a représentation et, par application des règles de la représentation, le rapport obligatoire s'établit directement entre le co-contractant et le

---

(231) Nous ne pensons pas que la contrainte pénale qui assortit l'obligation de porter secours aux personnes en péril interdise l'application, à cette obligation, des règles de la gestion d'affaires et que l'on puisse être amené à parler, en cas de mauvaise exécution, de responsabilité « légale ». Certes, la gestion d'affaires est définie par l'article 1372 du Code Civil comme le fait de gérer *volontairement* l'affaire d'autrui, mais nous pensons que cela signifie le fait d'avoir l'intention de gérer l'affaire d'autrui en dehors de toute obligation préalablement assumée par contrat : d'où le nom de quasi-contrat donné à la gestion d'affaires. En sens contraire, M. Arrighi de Casanova, *op cit.*, p. 222. Cet auteur consent, par contre, à parler de responsabilité quasi-contractuelle « lorsque, sans y être contraint ni par la loi, ni par un contrat antérieurement conclu avec le malade ou un tiers, il prodigue ses soins à une personne incapable de manifester sa volonté... ». Mais cette hypothèse existe-t-elle ? En effet, chaque fois qu'un médecin prodigue des soins à un malade incapable de manifester sa volonté, sans en référer à ses représentants ou à son entourage, c'est que les soins s'imposent, que ce malade serait en péril si les soins n'étaient pas donnés, que donc la loi impose au médecin d'intervenir.

(232) 1957, t. II, § 1217 et 1218.

maître de l'affaire. « Le maître est devenu créancier ou débiteur de la personne avec laquelle le gérant a traité » (233).

S'il en est ainsi et, pour notre part, nous en sommes convaincu, la créance du géré est de nature contractuelle et la responsabilité du médecin à l'égard du blessé ou du malade inconscient, est de même nature.

Cette création directe d'un contrat entre le blessé ou le malade et le médecin correspond, d'ailleurs, il faut le reconnaître, à la volonté implicite de ce blessé ou de ce malade. S'il avait pu s'exprimer, il aurait certainement donné, à celui qui, le premier, s'est penché sur lui, mandat de le confier à un médecin. Or, dans le mécanisme du mandat, le représentant s'efface et tout se passe, pour la personne qui contracte avec le représentant, comme si elle traitait avec le représenté. Il y aurait donc eu création directe d'un contrat entre le médecin et le blessé ou le malade.

*
* *

Il n'en est pas de même lorsque, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, un malade s'est adressé à un médecin pour un ensemble de soins et lorsque celui-ci confie certains d'entre eux à un confrère avec lequel le malade, n'ayant pu manifester sa volonté, ne contracte pas ; ce confrère est délictuellement responsable du dommage qu'il a causé au malade ; le médecin traitant n'a nullement géré l'affaire du malade en le confiant, partiellement, à un confrère. Il s'est déchargé d'une obligation qu'il avait contractée personnellement. Nous avons dit (234), d'autre part, que nous ne pensons pas que le confrère pouvait être tenu, contractuellement, par l'effet d'une stipulation pour autrui faite par le médecin traitant au profit de son malade et à la charge de son confrère.

*
* *

En exposant, tout à l'heure, la pensée de M. Savatier, sur les contours de la responsabilité contractuelle dans le domaine médical (235), nous avons envisagé, par là-même, l'un des cas dans lesquels il ne peut, encore une fois, être fait appel à la responsabilité contractuelle médicale.

Si un dommage est causé, par l'activité médicale du médecin (236), au patrimoine moral ou pécuniaire du malade en dehors de toute atteinte à sa personne, ce dommage ne constitue pas une violation d'une obligation contractuelle assumée par le médecin. En effet, l'obligation contractuelle de soins consciencieux et diligents précisée, dans ses

---

(233) Même ouvrage, § 1236.
(234) *Supra*, note 138.
(235) Cf. p. 135.
(236) Nous ne considérons par principe que celle-là.

contours, par l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 mai 1936, ne s'entend, selon la commune intention des parties, que comme l'engagement, pour le médecin, de ne porter aucun tort à la *personne* du malade, par action ou par omission, dans l'exercice de son activité médicale.

Il semble donc bien que si un médecin, manipulant maladroitement une seringue, projette l'aiguille dans un tableau de maître ornant l'appartement de son malade et le détériore, ou que si un médecin préparant un mélange inflammable, près d'un foyer, provoque au domicile de son patient une explosion qui ne cause que des dégâts matériels, la victime de ces dommages ne peut invoquer la responsabilité contractuelle du médecin mais seulement la responsabilité qu'il encourt en application des articles 1382 et 1383 du Code Civil.

*
* *

Quelquefois, il arrive que le contrat médical ne se forme pas, bien que le médecin et le malade aient eu l'intention de se lier par une convention : c'est l'hypothèse du contrat nul.

Nous souscrivons entièrement à l'affirmation de M. Arrighi de Casanova (237) : « ... lorsqu'est établie l'illicéité de l'objet, le défaut de consentement ou la manifestation de volonté viciée du malade, la responsabilité du médecin, à l'occasion d'interventions dommageables, entreprises dans ces conditions est délictuelle ».

*
* *

De même si un médecin se livre sur un malade, à son insu, à des expérimentations ne présentant pour ce malade aucun but curatif, le médecin sera délictuellement responsable du préjudice qu'il aura causé à ce malade.

*
* *

Jusqu'à présent, nous n'avons envisagé que la médecine libre. Pourtant, de plus en plus, se développent, parallèlement à cette dernière, une médecine de dépistage, une médecine de prophylaxie, voire, mais plus rarement une médecine de soins, lesquelles revêtent, pour un plus grand nombre de personnes dans des conditions données, un caractère d'obligation légale.

Lorsqu'une personne, sur une injonction de la loi, s'adresse à un médecin du secteur libre, pour qu'il la vaccine, par exemple, la situation juridique existant entre cette personne et le médecin n'est pas originale ; il y a conclusion d'un contrat médical mettant à la charge du praticien l'obligation de procéder à une vaccination correcte.

---

(237) La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile. *Thèse*, Aix, 1946, p. 207.

Si cette même personne, au lieu de s'adresser à la médecine privée, s'adresse à un centre médical du secteur public, il y a là une situation que nous envisagerons dans la deuxième partie de notre étude sur la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui dans le secteur public.

Mais si nous considérons, maintenant, l'obligation qui est faite à certains employeurs suivant l'importance ou la nature de leur entreprise, en vue de discerner, lors de l'embauche des ouvriers, les inaptitudes physiques de certains d'entre eux ou de dépister les maladies qu'ils peuvent contracter en cours d'emploi, nous nous demandons quelle est la nature des liens qui unissent ce médecin à l'ouvrier ou employé, quelle est la nature de la responsabilité que ce médecin peut encourir à l'égard de cet ouvrier ou employé.

Il est bien certain que l'ouvrier ne contracte pas avec le médecin : l'élément consentement, indispensable à la formation du contrat médical, est en réalité inexistant car l'ouvrier ne se soumet à la visite médicale qu'en vue de l'embauche ou en vue de garder sa place dans l'entreprise ; personnellement, il ne demande rien au médecin. Si cette contrainte de fait et de droit ne pesait pas sur lui, l'ouvrier ne consulterait peut-être aucun médecin ou bien consulterait le médecin de son choix (238).

Il est certain, d'autre part, et nous verrons plus loin (239) que nous le regrettons, qu'en l'état actuel de la législation ce médecin d'entreprise ne doit pas être considéré comme un collaborateur du service public de santé bien qu'il permette, par son activité, la réalisation d'une prescription légale. La situation de ce médecin dans l'entreprise est celle d'un collaborateur (240) spécialisé de la dite entreprise et non celle d'un fonctionnaire détaché.

Donc, puisque les liens qui unissent le médecin du travail à l'ouvrier ou employé ne sont ni de nature contractuelle, ni de nature administrative, qu'ils ne sont, bien évidemment, pas de nature quasi contractuelle, nous inclinons à penser qu'ils sont de nature délictuelle ou plus précisément que le médecin du travail ne peut encourir, à l'égard de l'ouvrier ou employé, qu'une responsabilité délictuelle (241), lorsque

---

(238) Nous ne pouvons concevoir que le fait que l'accord du Comité d'entreprise soit nécessaire pour la nomination ou la révocation du médecin du travail, vaille consentement individuel de chaque ouvrier ou employé à la formation du contrat médical.

(239) V. *infra*, p. 149.

(240) Il a souvent été admis, et tout récemment encore par M. R. Savatier, dans une note sous un arrêt de la Cour de Paris du 5 décembre 1959 au J.C.P. 1960.II.11.489, qu'un médecin du travail est le préposé de l'employeur. Nous aurons l'occasion d'expliquer notre désaccord sur ce point lorsque nous envisagerons la responsabilité des profanes du fait de l'activité médicale d'autrui.

(241) M. R. Savatier, dans sa note précitée au J.C.P. 1960.II.11.489, estime que l'employeur, en désignant un médecin du travail, stipule pour autrui au profit de ses salariés et, qu'en conséquence, ce médecin du travail serait engagé à l'égard de ces derniers, non seulement délictuellement, mais contractuellement .Nous ne croyons

toutefois le dommage causé à celui-ci ne rentre pas dans le cadre du régime des accidents du travail (242).

Nous ajoutons, cependant, à titre indicatif, que la responsabilité du médecin sera appréciée différemment en matière de soins et en matière de médecine préventive. M. le Docteur Gignoux, dans un article sur le « Contrôle des congés des fonctionnaires » (243), a fort bien indiqué comment telle investigation pouvait être jugée indispensable lorsqu'un médecin *traitant* était guidé par les doléances du malade et pouvait être jugé facultative lorsqu'un médecin procédait à un examen préventif et comment encore, dans le cadre de la médecine préventive, telle investigation s'imposait dans la prévention de certaines affections et ne s'imposait nullement dans la prévention de certaines autres. Le Docteur Gignoux disait un jour, mi-sérieux, mi-plaisant, que dans le domaine de la médecine préventive, dans laquelle le médecin examine le malade un peu à l'aveuglette, on pouvait distinguer « les investigations nécessaires, les investigations utiles et les investigations voluptuaires ».

Par conséquent, il est à noter que la responsabilité du médecin dans le domaine de la médecine préventive est une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle « circonstanciée ».

*
* *

Pour les raisons que nous venons d'indiquer à propos du médecin du travail, nous pensons que le médecin, que le décret n° 61.795 du 24 juillet 1961 (244) impose dans certains cas à bord des bateaux et que les pasagers n'ont guère la possibilité de récuser, est délictuellement responsable de son activité.

*
* *

Ces réflexions nous conduisent à nous demander, dans le même ordre d'idées, quelle est la nature des liens qui unissent les élèves et le personnel enseignant aux médecins scolaires qui les visitent obligatoirement. Nous préférons réserver l'étude de cette question jusqu'à ce que nous envisagions la médecine du secteur public, étant donné que ces examens obligatoires sont appliqués sous la direction et le contrôle du

---

pas pouvoir souscrire à cette opinion car nous pensons que lorsque, *par application des dispositions légales*, un employeur passe un contrat avec un médecin du travail, il n'a d'autre but que d'organiser son entreprise conformément à la législation en vigueur, quelles que soient sa bienveillance à l'égard de son personnel et les *initiatives* généreuses qu'il peut prendre par ailleurs envers lui. Il stipule donc pour lui et non pour autrui.

(242) V. article L. 466 du Code de la Sécurité Sociale, mais aussi l'article L. 470 dans la mesure où nous n'admettons pas que le médecin est préposé de l'employeur ; et *infra*, p. 143 et note 313.

(243) Inédit.

(244) V. Références : *Infra*, note 317.

service de santé scolaire et universitaire du Ministère de l'Education Nationale.

*
* *

Peut-on songer à faire jouer la responsabilité contractuelle médicale lorsque l'activité du médecin a porté préjudice à des personnes qui ont été en quelque sorte étrangères à cette activité médicale ?

Nous pensons, en ce moment, à deux catégories de personnes, à celles qui subissent un préjudice du fait de la délivrance d'un certificat erroné et aux parents et ayants-cause de la victime directe de l'activité du médecin.

Il arrive assez souvent que l'entourage, mal intentionné, d'une personne demande à un médecin, plus ou moins complaisant ou plus ou moins insouciant, de rédiger un certificat selon lequel l'état mental de cette personne nécessite son internement dans une maison psychiatrique, alors qu'il n'en est rien.

Quelle est la nature de la responsabilité que ladite personne, une fois libérée, peut faire encourir au médecin ? Il apparaît bien que, sans qu'il soit nécessaire de procéder par élimination, ce soit la responsabilité délictuelle (245). Ce serait la même responsabilité que pourraient faire encore encourir au médecin la famille d'un aliéné, famille dont ce médecin aurait décrit trop complaisamment, dans un certificat, les troubles mentaux de certains de ses membres, l'employeur dont le personnel a été pourvu, par ce médecin, de certificats faux ou erronés, la personne condamnée comme auteur de prétendues blessures certifiées par le médecin dans un certificat mensonger.

*
* *

Enfin, à l'égard des parents et ayants-cause du malade qui a succombé ou a souffert faute de soins éclairés, quelle est la nature de la responsabilité du médecin ?

Pour la déterminer, il faut procéder, en principe, à trois distinctions : suivant que les parents ou ayants-cause se présentent en tant qu'ayants-cause ou à titre personnel, ce qui change, nous allons le voir, absolument toutes les données du problème (246), suivant que le malade

---

(245) En ce sens, Nîmes, 6 juin 1955. D.1956.473 et note Prévault.

(246) V. sur cette distinction, en matière de contrat de transport maritime et aérien, les notes de M. de Juglart : sous Paris, 1re Ch., 11 déc. 1952. J.C.P.1953.II.7650 ;
Sous Trib. Com. Seine, 4e Ch., 12 janv. 1954. J.C.P. 1954.II.8061 ;
Sous Paris, 1re Ch., 25 févr. 1954. J.C.P. 1954.II.8041 ;
Sous Paris, 1re Ch. 1er déc. 1954. J.C.P. 1955.II.8626 ;
Sous Bordeaux, 1re Ch., 10 nov. 1954. J.C.P. 1955.II.8514 ;
Sous Trib. Civ. Seine, 1re Ch., 24 juin 1955. J.C.P. 1955.II.8900 ;
Sous Paris, 1re Ch. 4 juil. 1956. J.C.P. 1956.II.9453 ;
Sous Cass. Civ., 2e, 23 janv. 1959 (2 arrêts) J.C.P. 1959.II.11002.

est mort instantanément ou bien est mort ou a succombé après de longues souffrances, car l'étendue du préjudice à réparer varie selon l'hypothèse envisagée, suivant, enfin, que les parents et ayants-cause demandent réparation du préjudice pécuniaire ou moral, car le principe même de la réparation peut se poser selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre préjudice.

Considérons le cas où les ayants-cause du défunt se présentent en tant qu'ayants-cause. Peuvent-ils le faire en la matière et, comme continuateur du défunt, faire jouer la responsabilité contractuelle du médecin ?

Si le malade est mort instantanément, l'action en réparation des frais funéraires peut, à notre avis, être valablement exercée par les ayants-cause en tant que tels. Certes, ces frais n'ont, à aucun moment, figuré dans le patrimoine du de cujus, mais comme le disent fort bien MM. Ripert et Boulanger (247), ils sont « si absolument liés au règlement successoral qu'on les assimile aux dettes de la succession », sauf, toutefois, en matière fiscale (mais on sait le particularisme de cette discipline). Il semble normal, en outre, que puisque les successeurs universels d'un défunt ne sont tenus aux frais funéraires qu'en leur qualité d'ayants-cause, ce soit en tant que tels qu'ils en demandent réparation à celui qui a causé la mort du de cujus (248).

Certains (249) estiment aussi que les ayants-cause, en cette qualité, peuvent demander réparation du préjudice moral subi par leur auteur du fait même du décès. Nous n'entreprendrons pas de nous demander, comme l'on fait MM. Mazeaud et Tunc, s'il y a, en fait, préjudice ou non à être privé de la vie ; nous nous contenterons d'estimer que, dans la mesure où ce préjudice existe effectivement, il est, comme tout préjudice moral, tellement personnel, tellement intime que l'action en réparation devrait en être déclarée intransmissible aux héritiers comme trop étroitement « attachée à la personne. » Cette dernière notion n'est pas étrangère à notre droit qui l'oppose, dans certains cas, à l'exercice de l'action oblique des créanciers. Aux yeux de MM. Mazeaud et Tunc, la situation des héritiers et celle des créanciers n'est cependant, pas assimilable, car la personne de la victime survit dans ses héritiers, « les actions attachées à la personne du de cujus ne s'en détachent donc pas lorsqu'elles sont exercées par les héritiers » (250). Bien qu'une telle opinion ait, pour s'affimer, l'appui de la Cour de Cassation (251), nous

---

(247) *Traité de Droit Civil*, t. IV, § 2473.

(248) Par ailleurs, on ne voit guère comment une personne pourrait, à titre personnel, réclamer réparation du préjudice *pécuniaire* qu'elle aurait subi en payant, en tant que successeur, les frais funéraires du de cujus, alors qu'il faut bien reconnaître que, sauf lorsque le montant de la succession est inférieur à ces frais funéraires, ce qui est assez rare, la mort du de cujus crée, non un appauvrissement mais, au contraire, un accroissement du patrimoine de la personne qui recueille la succession.

(249) V. MM. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, t. II, § 1912.

(250) V. *op. cit.*, t. II, § 1909.

(251) V. MM. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, t. II, p. 884, note 5 *bis*.

ne la faisons pas nôtre car nous pensons que la fiction juridique de la continuation par les héritiers de la personne de leur auteur ne doit, en aucune façon, forcer l'inviolable domaine de la sensibilité des êtres (252).

Si le malade est mort, toujours faute de soins éclairés, mais après de longues souffrances ou même s'il a survécu à ces souffrances sans en demander réparation, les ayants-cause peuvent joindre, à leur demande éventuelle d'indemnisation des frais funéraires, celle d'indemnisation des frais médicaux et hospitaliers et, s'il y a lieu, de l'incapacité de travail qu'a causés l'incurie du médecin.

Mais pour les raisons que nous venons d'exposer, nous ne pensons pas que la succession du de cujus puisse demander réparation des souffrances physiques et morales endurées par celui-ci (253).

En définitive, les ayants-cause ne peuvent, à notre avis, demander en tant que tels, donc en faisant jouer la responsabilité *contractuelle* du médecin, que la réparation du préjudice pécuniaire *subi par le patrimoine du défunt*, du fait de l'activité défectueuse de ce médecin.

Il en est tout différemment si c'est à titre personnel que les proches de la victime demandent réparation au médecin.

Ils peuvent, sans aucune restriction, engager la responsabilité du médecin dont l'activité leur a causé un préjudice pécuniaire et moral. Mais comme ce préjudice n'a pu leur être causé dans le cadre du contrat, puisqu'il n'ont aucunement contracté avec le médecin, la responsabilité de ce dernier ne peut être de nature contractuelle. Il n'est pas, d'autre part, à notre connaissance, que la jurisprudence, comme en matière de contrat de transport, ait inclus dans le contrat médical une stipulation pour autrui de la victime au profit de ses proches, lesquels, pour en écarter les effets, devraient y renoncer. Par conséquent, ce ne peut être que la responsabilité délictuelle du médecin que les proches parents de la victime peuvent faire jouer pour obtenir réparation du préjudice pécuniaire ou moral que leur a causé l'activité néfaste du médecin exercée sur le malade.

Nous croyons avoir fait le tour des hypothèses dans les quelles il ne peut être fait appel à la responsabilité contractuelle du médecin, mais bien à sa responsabilité quasi-contractuelle et surtout à sa responsabilité délictuelle.

Il est à noter, et nous avons déjà eu l'occasion de le faire (254), que relativement à l'appréciation de l'étendue de l'obligation médicale, la nature de l'intervention du médecin importe peu : en effet, le médecin, dès qu'il se penche sur un malade pour quelque raison que ce soit, est

---

(252) Notre ancien droit reproduisant une solution du droit romain se prononçait en ce sens : « Dans cette espèce d'action, écrivait Jousse, il s'agit moins de réparer un dommage reçu que de venger un affront... » cité par MM. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, t. II, § 1909. Or, quelle décision peut-elle être plus personnelle que celle de venger un affront, donc plus intransmissible ?

(253) En ce sens, V. Trib. Civ. Seine, 13 janv. 1934. *Gaz. Pal.*, 1934.I.521.

(254) Cf. *supra*, note 210.

tenu à une diligence et à une loyauté de tous les instants. L'arrêt Nicolas c/Mercier de 1936, l'article 1374 et les articles 1382 et 1383 du Code Civil expriment la même obligation, sous des formes à peine différentes, respectivement dans les domaines du contrat, du quasi-contrat et du délit. Ce que nous avons dit de l'étendue de l'obligation du médecin et du caractère de sa faute dans le domaine contractuel est parfaitement valable dans le domaine quasi-contractuel et dans le domaine délictuel.

Mais bien évidemment, lorsque dans les hypothèses où il y a quasi-contrat ou délit, le médecin n'encourt pas une responsabilité personnelle mais une responsabilité du fait d'autrui, le mécanisme de celle-ci est tout différent de celui que nous avons considéré jusqu'à présent, dans le cadre contractuel.

Il est donc nécessaire d'envisager, maintenant, le fonctionnement de la responsabilité quasi-contractuelle et de la responsabilité délictuelle des médecins du fait de l'activité médicale d'autrui.

Section Deuxième

MECANISME DE LA RESPONSABILITE EXTRACONTRACTUELLE DES MEDECINS DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI

Sous-Section Première

Responsabilité quasi-contractuelle des médecins du fait de l'activité médicale d'autrui.

La responsabilité quasi-contractuelle des médecins du fait de l'activité médicale d'autrui est-elle vraiment différente de leur responsabilité contractuelle du fait d'autrui, alors que les responsabilités personnelles contractuelle et quasi-contractuelle sont, nous l'avons vu, à peu près analogues ?

La question est plus difficile à résoudre qu'elle ne le paraît de prime abord et cela, parce qu'elle n'a été envisagée ni par la loi, ni par la doctrine, ni, à notre connaissance, par la jurisprudence.

Cependant, le deuxième alinéa de l'article 1372 du Code Civil sur la gestion d'affaires — le seul quasi-contrat que nous ayons à considérer en notre matière — donne une orientation qu'il ne faut pas négliger. Il dispose : « Il (le gérant d'affaires) se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire. »

Or, au chapitre des obligations du mandataire, l'article 1994 affirme que « le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1°) quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2°) quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne et que celle dont il a fait choix était, notoirement, incapable ou insolvable.

« Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substitué. »

Lorsqu'un médecin soigne un incapable sans en référer à son représentant ou un blessé inconscient sans en référer à son entourage, il n'a pu recevoir du géré ni autorisation, ni interdiction de se substituer quelqu'un. Si l'on cherche à établir quelle aurait pu être la volonté du géré à ce sujet, on ne peut qu'affirmer qu'il aurait autorisé la substitution : une personne sensée ne peut songer qu'un médecin a la possibilité de le soigner sans aide d'aucune sorte. Or, il ne faut pas s'y tromper, recourir à une aide n'est jamais que se substituer partiellement quelqu'un.

Le médecin gérant d'affaires se trouve donc dans la situation prévue par le deuxièmement de l'article 1994 : il répond de celui qu'il s'est substitué dans les soins : « quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable ». Il est clair qu'hormis ce cas, il ne répond pas de celui qu'il s'est substitué.

On peut donc conclure que lorsqu'un médecin prodigue ses soins en tant que gérant d'affaires, il n'est pas responsable du fait de l'activité médicale d'autrui. Il n'est responsable que de sa propre insouciance consistant à s'être substitué une personne « notoirement incapable ».

Cette solution paraît très satisfaisante sur le plan humain ; en effet, dans le cas où la gestion d'affaires a été inspirée par un sentiment charitable, il est juste que le gérant d'affaires voie limiter sa responsabilité à sa propres activité et échappe à la responsabilité du fait d'autrui dont la rigueur n'est pas à nier ; dans les cas où cette gestion d'affaires n'a été réalisée par le gérant que dans la crainte de tomber sous le coup des sanctions prévues pour ceux qui omettent de porter secours à une personne en péril, cette obligation de porter secours étant individuelle, il est juste, également, que celui qui s'y est soumis ne réponde que de son activité propre et non point de celle des personnes à qui il a été contraint de s'adresser pour porter efficacement secours.

MM. Ripert et Boulanger ne donneraient, certainement pas leur accord à notre raisonnement. Ils distinguent, en effet, pour leur part, la gestion d'affaires avec représentation qui consiste à conclure des contrats au nom d'autrui de la gestion d'affaires sans représentation qui consiste à déployer une certaine activité au bénéfice d'autrui (255).

C'est à cette dernière forme de gestion, il est vrai, que se livre le

---

(255) *Traité de Droit Civil*, 1957, t. II, § 1217.

médecin dans l'hypothèse que nous étudions. Or, MM. Ripert et Boulanger affirment (256) que « dans le cas de gestion sans représentation, le gérant ne peut plus être considéré comme étant dans la situation juridique d'un mandataire...

La question est uniquement de savoir s'il a, heureusement, sauvegardé les intérêts du maître, et alors de deux choses l'une : ou bien la gestion a été utile et le gérant échappe à tout reproche : il ne peut être que créancier du maître de l'affaire ou bien son intervention a tourné au préjudice du maître mais alors ce ne sont plus les règles de la gestion d'affaires qui s'appliquent, puisque la gestion n'a pas été utile, ce sont les règles sur la responsabilité civile (article 1382). »

MM. Ripert et Boulanger ont, en matière de principe, raison de dire que lorsque la gestion d'affaires consiste en actes matériels, le gérant ne peut plus être considéré comme mandataire, lequel ne doit accomplir, pour son mandant, que des actes juridiques. Mais alors ces auteurs se trouvent devant un dilemme. De deux choses l'une, ou bien la jurisprudence et la doctrine — donc MM. Ripert et Boulanger eux-mêmes — sont dans l'erreur de concevoir une gestion d'affaires sans représentation — comme celle du médecin — alors que l'article 1372 assimile les obligations du gérant à celles d'un mandataire, ou bien cette jurisprudence et cette doctrine ont raison, mais alors l'assimilation des obligations du gérant à celles du mandataire prévue par l'article 1372 s'applique aux deux formes de gestion avec et sans représentation, par une dérogation au mécanisme du mandat, mais par une dérogation légale.

Or, dire avec MM. Ripert et Boulanger que lorsqu'une gestion sans représentation a tourné au préjudice du géré, ce ne sont plus les règles de la gestion d'affaires qui s'appliquent, puisque la gestion n'a pas été utile, ce sont les règles sur la responsabilité civile (article 1382), c'est ne pas choisir entre les deux options du dilemme mais les combiner : encore une fois, ou il n'y a pas gestion d'affaires et l'on se retrouve dans le cadre délictuel (article 1382), ou il y a gestion d'affaires et les règles de la gestion d'affaires s'appliquent.

Il ne faut pas perdre de vue, en outre, la véritable signification de la notion « d'utilité » de la gestion d'affaires. On ne peut pas dire qu'une intervention qui, par la maladresse de son auteur, a tourné au préjudice de son bénéficiaire, n'a pas été utile et ne peut donc être une gestion d'affaires. L'on doit considérer pour cette appréciation l'utilité de l'intervention quand elle a été entreprise. Dans la matière qui nous préoccupe, il est bien évident que le fait de soigner un blessé est un acte utile ; s'il est mal exécuté, il engage la responsabilité de son auteur dans les termes de l'article 1374, mais il n'en perd pas pour autant sa qualité originale d'acte utile, donc de gestion d'affaires. S'il en était différemment, l'article 1374 sur la responsabilité du gérant n'aurait aucune raison d'être, car même en cas de gestion avec représentation, lorsqu'il

---

(256) Même ouvrage, § 1233, 2°.

y aurait eu, en définitive, préjudice pour le géré, il n'y aurait plus gestion d'affaires.

Sans persister plus longtemps dans des raisonnements qui finiraient par nous faire perdre de vue la question de la responsabilité du médecin gérant d'affaires, du fait d'autrui, nous croyons pouvoir nous arrêter à la conclusion suivante :

La doctrine et la jurisprudence ont raison de concevoir qu'une gestion d'affaires peut être constituée sans qu'il y ait représentation puisque, comme l'ont noté eux-mêmes MM. Ripert et Boulanger (257), l'article 1375 parle des engagements personnels que peut prendre le gérant, ce qui implique qu'il n'agit pas toujours en mandataire.

Mais à cette gestion, comme à celle qui réalise la représentation, doit s'appliquer l'article 1372 en son deuxième alinéa, lequel ne distingue pas entre les différentes formes de gestion et dispose que le gérant « se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire ».

En conséquence, comme nous l'avons vu, la responsabilité du gérant du fait de ses substitués ne se réalise que dans les conditions de l'article 1994 ; c'est dire que la responsabilité quasi-contractuelle du médecin du fait d'autrui n'existe pas.

Sur le plan humain, nous avions apprécié cette solution. Pensons à l'iniquité qu'il y aurait à imposer, selon l'opinion de MM. Ripert et Boulanger, la responsabilité de l'article 1382 dans toute sa rigueur au gérant d'affaires, ici le médecin, qui aurait géré de façon imparfaite mais sans représentation et à appliquer l'article 1374 en son alinéa 2 qui prévoit que « néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer des dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant », au gérant d'affaires qui aurait passé des actes juridiques au nom du géré.

Sous-Section Deuxième

RESPONSABILITE DELICTUELLE DES MEDECINS DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI

La responsabilité délictuelle des médecins du fait de l'activité médicale d'autrui semble toute tracée par l'article 1384 du Code Civil dont nous avons décrit le mécanisme dans notre chapitre introductif.

Mais s'il en est bien ainsi, dans le principe, l'application mérite d'être considérée de plus près car il est nécessaire, pour permettre le fonctionnement de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui dans le

---

(257) *Op. cit.*, § 1223.

domaine médical de déterminer les personnes commettantes et les personnes préposées. Or, nous allons voir que cette détermination a parfois donné lieu à des divergences en doctrine comme en jurisprudence.

En conservant le plan du chapitre relatif à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, nous passerons en revue les différentes personnes dont l'activité serait susceptible d'entraîner la responsabilité délictuelle du médecin.

§ 1. — Responsabilité délictuelle des médecins du fait de l'activité médicale de leurs confrères.

Il n'est pas nécessaire, cette fois-ci, d'envisager séparément le cas du remplaçant, de l'assistant et du médecin attaché à une clinique exploitée par un médecin.

Il n'y a qu'une seule question à laquelle il faille répondre : un médecin peut-il être le préposé de l'un de ses confrères ?

Il nous semble que l'article 9 du Code de Déontologie Médicale domine toute la question puisqu'il affirme de façon catégorique : « Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit. »

Or, on se souvient que la notion de préposition est fondée sur le *droit*, exercé ou non, de donner des ordres et instructions aux préposés. Il apparaît donc, sans qu'il soit nécessaire de recourir à de plus amples raisonnements, que le médecin ne peut être le préposé d'un confrère — ni de qui que ce soit — parce qu'il ne peut recevoir en matière professionnelle ni ordres, ni instructions.

On peut faire valoir, contre cette opinion, qu'en pratique, il arrive, assez souvent, que le médecin se lie à un confrère ou à un profane par un contrat de travail, qu'il soit rémunéré par un salaire, qu'en tant que salarié il puisse être affilié à des caisses de prévoyance et de retraite du personnel (258).

On peut faire remarquer aussi que tous les techniciens supérieurs sont dans la situation des médecins, qu'ils agissent en pleine indépendance, qu'à peine ils sont soumis et assez rarement au respect du règlement intérieur imposé par l'employeur en matière d'horaires par exemple et que pourtant ils ont la qualité de préposés.

Tout cela est vrai, mais est-ce bien un contrat de travail que passe le médecin qui se lie à un confrère (ou à un profane) ? Ne serait-ce pas plutôt un contrat d'entreprise que la Cour de Cassation distingue du contrat de travail en ce que, par le premier, le travailleur garde son

---

(258) A contrario de l'arrêt de la Cour de Cassation : Civ., 19 janv. 1962. J.C.P. 1962.IV, p. 30 et de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 6 décembre 1962. *Gaz. Pal.*, 13-15 mars 1963.

indépendance et s'engage seulement à remettre un ouvrage déterminé tandis que, par le second, le travailleur accepte de travailler sous la direction de celui auquel il se lie et en exécutant ses ordres ? (259). Dire que le médecin peut passer un contrat de travail, c'est méconnaître, soit l'article 9 du Code de Déontologie Médicale, soit la nature du contrat de travail.

Par ailleurs, l'assimilation entre les techniciens supérieurs et les médecins est impossible parce que si les premiers *sont* indépendants *en fait*, étant donné que leur employeur ne peut être « polytechnicien » au sens étymologique du terme, et ne peut les diriger, les médecins, eux, *doivent* être indépendants, *en droit*, même lorsque leur employeur est un confrère qui peut parfaitement les diriger, par son expérience ou ses hautes distinctions, même en ce qui concerne l'aspect extra-médical, l'aspect administratif de leur activité (260). Il est bien certain que souvent les jeunes médecins ont la sagesse et la loyauté de se faire conseiller par un de leurs aînés, voire d'en choisir un comme « patron ». Mais on ne peut voir dans cette marque de confiance et de déférence le moindre signe de subordination. Lorsque le jeune médecin agit d'après les directives de son patron, c'est qu'il a adopté en son âme et conscience le point de vue de celui-ci et non qu'il lui obéit en vertu d'un engagement initial. Il en serait bien entendu différemment d'un étudiant en médecine.

Donc, à notre avis, il n'y a pas de responsabilité délictuelle des médecins du fait de leurs confrères en application de l'article 1384, alinéa 5 du Code Civil (261).

§ 2. — Responsabilité délictuelle des médecins du fait de l'activité médicale de non-médecins.

Ces personnes n'étant pas tenues de se soumettre à l'article 9 du

---

(259) V. à ce sujet MM. Rouast et Durand. *Précis de Droit du Travail*, Dalloz, 1957, § 311. Ces auteurs remarquent notamment qu' « il n'y a pas concordance absolue entre la législation protectrice du travail et la nature du contrat passé par les travailleurs ». Ils ajoutent au § 312 : « Le contrat passé par les travailleurs intellectuels varie selon la manière dont il devra s'exécuter. »

(260) En ce sens, V. Demogue : Traité des Obligations, t. V, § 903, mais seulement en ce qui touche le rôle purement médical du médecin, mais V. aussi J. Bardoul : Les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques. *Thèse*, Paris, 1951, p. 131. « Est-il possible de discerner, dans l'activité du médecin qui assume la charge de soigner les malades d'un établissement, ce secteur séparé des pratiques médicales ? Croit-on vraiment que le médecin puisse se soumettre au même chronométrage qu'un ouvrier d'usine ou l'employé quelconque d'une entreprise ou d'un bureau ? »

En sens contraire, M. Esmein, au t. VI du *Traité Pratique de Droit Civil Français* de Planiol et Ripert, 1952, § 648, estime que, seul, un médecin peut être le commettant d'un médecin et, Paris, 1re Ch., 14 févr. 1958. J.C.P. 1958.II.10.533, et note Savatier.

(261) Cf. *infra*, p. 146 sur l'attribution de la qualité de préposé aux médecins du travail.

Code de Déontologie Médicale peuvent parfaitement avoir la qualité de préposés et un médecin peut être responsable de leur activité en application de l'article 1384, alinéa 5 du Code Civil. Il n'y a là rien de différent de la responsabilité de tout commettant du fait de ses préposés.

Cependant, il subsiste une difficulté qui existe d'ailleurs en droit commun de la responsabilité du fait des préposés (262), mais présente dans le domaine médical un aspect très particulier, c'est de déterminer, lorsqu'un préposé a plusieurs commettants, lequel d'entre eux est responsable de telle ou telle activité de ce proposé.

Le problème est particulièrement complexe en notre matière relativement au personnel infirmier des cliniques ; ce personnel est bien évidemment lié au médecin-exploitant de la clinique par des liens de préposition. Mais, lorsque ce personnel collabore avec le médecin qui n'exploite pas la clinique mais qui y pratique, lorsqu'il reçoit de ce médecin des ordres et instructions, change-t-il de commettant ? De préposé du médecin exploitant de la clinique, devient-il préposé du médecin-traitant ?

Il ne peut y avoir de réponse tranchée et immédiate à de telles questions. Nous allons procéder une fois encore comme nous l'avons fait lorsque nous avons étudié la responsabilité contractuelle des médecins du fait du personnel de la clinique, c'est-à-dire envisager, sur le plan des faits et sur le plan du droit, l'exécution des soins pré-opératoires, des soins opératoires, des soins postopératoires.

Dans la période pré-opératoire, le médecin-traitant peut indiquer et indique souvent, en fait, aux infirmières spécialisées les prélèvements à effectuer sur le malade afin de les faire analyser, les médicaments à faire absorber à ce malade afin de le préparer à l'intervention. Si une infirmière fait une erreur dans l'exécution de ces ordres et instructions, qui en sera responsable, en application de l'article 1384, alinéa 5, la clinique ou le médecin-traitant ?

Lors de l'intervention, c'est sous la direction même du médecin-traitant que travaille le personnel de la salle d'opération. Ce personnel cesse-t-il, alors, et pour la période opératoire, d'être le préposé de l'exploitant de la clinique pour devenir exclusivement celui de ce médecin ?

Enfin, les soins postopératoires sont souvent, en tant que prolongement de l'intervention, prescrits et surveillés de très près par le médecin-traitant. A ce moment encore, doit-on considérer que le personnel infirmier est sous l'autorité de l'exploitant de la clinique ou sous celle du médecin ?

La jurisprudence et la doctrine sont assez abondantes en la matière puisque la responsabilité du fait d'autrui, dans le cadre médical, est presque toujours envisagée sous son aspect délictuel. Les solutions apportées sont intéressantes à considérer, maintenant, si une fois pour toutes l'on veut bien faire abstraction de la fréquente inopportunité avec

---

(262) Cf. *supra*, p. 17.

laquelle il a été fait appel à des notions de responsabilité délictuelle (263).

Une première idée se dégage, en particulier, de la jurisprudence, c'est que le principe du transfert temporaire de la qualité de commettant, de la personne du médecin exploitant la clinique à celle du médecin-traitant, autrement dit la théorie du commettant occasionnel, séduit fort peu les tribunaux sans que, cependant, ils osent la rejeter. Aussi, les juges cherchent-ils souvent à découvrir une faute personnelle du médecin, en général une insuffisante surveillance du personnel, qui leur permet de prononcer la responsabilité personnelle de ce médecin et leur évite de désigner le commettant de l'infirmière en faute. Une telle attitude n'est, bien entendu, pour notre recherche, d'aucune utilité puisqu'elle consiste en fait à déplacer le problème.

Certaines décisions et certains auteurs qui ont accepté de regarder les choses en face ont essayé de mesurer, en quelque sorte, suivant la phase des soins considérée, préopératoire, opératoire ou postopératoire, l'intensité de l'autorité du médecin sur le personnel. Et ces décisions et ces auteurs estiment, pour la plupart, que cette intensité assez faible dans la phase préopératoire, est maximum dans la phase opératoire, pour décroître, à nouveau, dans la phase postopératoire. C'est ainsi que, bien souvent, en pratique et en théorie, le médecin a été déclaré, sans hésitation, commettant occasionnel, donc responsable du personnel qui l'aide directement à la salle d'opération, tandis qu'une telle qualité lui a été discutée, mais parfois reconnue, à propos du personnel qui se charge des soins pré et postopératoires sous sa direction moins constante (264).

---

(263) Cf. Cass. Civ., 11 juin 1963. J.C.P., 1963.IV, p. 103 .On peut noter dans cet arrêt les séquelles de cet appel inopportun, mêlées à une ébauche de théorie contractuelle : « ...Une femme de service... dans l'accomplissement des soins postopératoires *qui normalement incombent à la clinique*... n'a jamais cessé d'être préposée de cette clinique. » L'expression « qui normalement incombent à cette clinique » vise le contenu du contrat passé par la clinique avec son client, le terme « préposée » est une concession à la doctrine passée.

(264) Cf. Mme Caillol-Borgeaud : Situation juridique de l'infirmière. *Thèse*, Marseille, 1936, p. 199.

Cf. MM. Savatier, Auby et Péquignot, *op. cit.*, p. 304.

Bourges, 6 déc. 1949. J.C.P. 1950.II.5479.

Trib. Civ. Marseille, 18 oct. 1951. *Gaz. Pal.*, 1951.2.431.

Lyon, 29 oct. 1951. *Gaz. Pal.*, 1951.2.430.

Trib. Civ. Seine, 24 juin 1952. D. 1952.J.682.

Cass. Ch. Civ., 1re Sect., 15 nov. 1955. *Gaz. Pal.* des 8, 9 et 10 janv. 1956. D. 1956.J.113 et note Savatier.

Trib. Correct. Toulouse, 11 janv. 1960. J.C.P. 1960.II.11.591 et note Savatier.

Toulouse, 7 juil. 1960. J.C.P. 1960.II.11.871 et note Savatier .

Lyon, 13 févr. 1961. D. 1961.J.634.

Cass. Crim., 16 mai 1961. J.C.P. 1961.II.12.315 et note Savatier et Rev. Trim. Droit Civ., 1962, p. 102. Cass. Civ., 11 juin 1963. J.C.P. 1963.IV, p. 103, précité.

L'étude de ces décisions et opinions laisse à penser que leurs auteurs ont parfois mêlé les notions de négligence personnelle du médecin et de responsabilité sans faute personnelle de l'article 1384, alinéa 5. Il arrive, en effet, que le médecin soit déclaré commettant du personnel seulement à propos d'une activité qui aurait dû s'effectuer sous sa surveillance. M. Savatier ne dit-il pas, dans sa note sous arrêt précité de la Cour de Toulouse du 7 juillet 1960 : « De deux choses l'une, ou bien

D'autres décisions et d'autres auteurs n'ont pu se résoudre à relever ainsi, même temporairement, la clinique de son rôle de commettant et à en investir le médecin-traitant.

Il est ainsi une décision de la Cour de Lyon du 18 mars 1927 (265) dont les « attendus » méritent d'être médités :

« Attendu que lorsqu'un chirurgien opère un malade dans un hôpital ou une clinique, les infirmiers ou infirmières qui l'assistent ou qui ont été mis à sa disposition par l'établissement sont, momentanément, placés sous sa direction et doivent obéir à ses ordres.

Attendu, cependant, que nul ne soutiendra que ces aides sont ses préposés.

Atendu qu'il n'est responsable que des ordres précis et particuliers qu'il leur a donnés.

Qu'il ne saurait être recherché à l'occasion des fautes qu'ils ont pu commettre lorsqu'ils ont agi de leur propre initiative.

...

Attendu que le fait d'être placé durant une opération sous les ordres d'un praticien n'est pas suffisant à lui seul pour permettre de décider qu'un infirmier est le préposé du praticien... »

---

il s'agissait d'un soin banal n'exigeant pas la surveillance du médecin, et alors la Cour de Toulouse n'aurait pas dû se borner à l'acquitter. Elle devait, nécessairement, rejeter, en même temps, l'idée qu'il pourrait être civilement responsable comme commettant du personnel de la clinique. Ou bien, il s'agissait d'une opération engageant la surveillance du médecin : alors, sans doute, le personnel de la clinique devenait, dans l'aide apportée à cette opération, le préposé du médecin. Mais alors aussi la surveillance du médecin ayant été en défaut... on ne comprend plus son acquittement ? » Un tel raisonnement nous surprend. Il n'est pas nécessaire qu'une activité exige la surveillance effective d'une personne pour qu'un lien de préposition se noue entre elle et l'auteur de cette activité : il est très fréquent que des employeurs répondent de l'activité banale de leurs préposés, activité qu'ils n'ont pas à surveiller en pratique. Et cela, parce que la responsabilité des commettants est une véritable responsabilité du fait d'autrui qui n'implique, nullement, qu'une surveillance qui devait être exercée ne l'a pas été, mais bien qu'un chef doit répondre de ses subordonnés en toutes circonstances, pour sauvegarder, en même temps que sa dignité de chef, la sécurité des tiers. Dans l'espèce, commentée par la note de M. Savatier, la Cour de Toulouse pouvait donc parfaitement dire qu'il s'agissait d'un soin banal n'exigeant pas, en pratique, la surveillance du médecin et acquitter celui-ci tout en retenant, pour d'autres raisons, sa responsabilité de commettant du fait de son préposé (si tant est, nous allons le voir, qu'un médecin puisse être responsable de l'activité du personnel infirmier d'une clinique, qu'il n'exploite pas mais où il pratique).

Il semble bien que toutes les opinions et décisions précitées estiment que le médecin n'est commettant de l'infirmier que lorsque l'activité de celui-ci exige sa surveillance ; V. en ce sens M. Kornprobst, *op. cit.*, p. 285 : « On peut se demander si cette extension de la responsabilité civile des médecins ne repose pas sur une confusion entre le devoir de surveillance et de contrôle que la jurisprudence a toujours sanctionné dans le cadre de leurs obligations et de leurs fautes personnelles et le lien de droit qui détermine la responsabilité prévue par l'article 1384, § 5 du Code Civil. »

(265) Index Médical, mai 1927, rapporté par M. Baglin in : « Le Risque professionnel médical et sa garantie. » *Thèse*, Paris, 1931, p. 50.

La Cour de Lyon estime donc que, pour qu'il y ait lien de préposition occasionnel entre deux personnes, il est nécessaire mais il n'est pas *suffisant* que l'une d'elles ait le droit de donner à l'autre des ordres et instructions.

Quel serait alors l'élément complémentaire qui, avec ce droit de donner des ordres et instructions, constituerait le lien de préposition occasionnel et qui ne figurerait pas dans les raports du médecin avec le personnel de la clinique ? Essayons de l'identifier.

M. Bardoul, dans sa thèse sur « Les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques » (266), constate qu'« en réalité, lorsque les infirmiers agissent en présence des médecins et en exécution directe de leurs ordres, ils restent placés sous l'autorité de l'établissement employeur dont ils n'ont pas quitté le service ; *ils accomplissent encore les fonctions auxquelles la clinique les emploie... les infirmiers sont eux-mêmes tenus d'exécuter* (*les instructions du médecin*) *en vertu du lien de subordination qui les lie à leur employeur habituel* ».

Cette remarque est très juste ; il est bien certain que le médecin-exploitant d'une clinique ne réunit un personnel qualifié et quelquefois ne le forme, ou du moins ne le perfectionne, qu'en vue de l'exécution des ordres et instructions expresses ou tacites des divers médecins qui pratiquent à la clinique. Ainsi, le personnel lorsqu'il est sous l'autorité du médecin n'accomplit pas seulement « *encore* les fonctions auxquelles la clinique l'emploie », comme le note M. Bardoul, il accomplit les fonctions *mêmes* auxquelles la clinique l'emploie. A vrai dire, toute l'activité du personnel infirmier n'est-elle pas inspirée par les instructions au moins tacites du médecin ? Lorsque les soins à donner au patient sont courants et insusceptibles d'être négligés par le personnel, le médecin ne les ordonne pas expressément, mais il les ordonne tacitement. Si bien qu'il n'y a pas à distinguer, comme l'ont fait, nous l'avons vu, une certaine doctrine et une certaine jurisprudence, et comme nous l'avons fait nous-même en posant les données de ce débat, les périodes pendant lesquelles le personnel infirmier est sous l'autorité du médecin-traitant et celles pendant lesquelles il est sous l'autorité du médecin-exploitant de la clinique : le personnel infirmier exécute, toujours dans le domaine médical, les instructions d'un médecin-traitant, mais ce faisant, il se soumet aux ordres initiaux du médecin-exploitant de la clinique.

M. Bardoul a déduit de cette conception de l'activité du personnel infirmier que « l'autorité du médecin n'est qu'une autorité déléguée » (267), qu'il donne des ordres et instructions pour le compte de cette clinique, que c'est pour cela qu'il ne peut être commettant du personnel infirmier. Nous pensons qu'il y a là une assertion quelque peu excessive. Un médecin qui pratique dans une clinique, qu'il y soit

---

(266) Paris, 1951, p. 125.
(267) *Op. cit.*, p. 126.

attaché ou qu'il y vienne occasionnellement, donne des ordres en vue de la parfaite exécution de son art et nullement en vue du bon fonctionnement du centre de soins.

Par conséquent, on ne peut pas dire que l'élément complémentaire qui, avec le droit de donner des ordres et instructions, permet la formation d'un lien de préposition occasionnel et ne figure pas dans les rapports du médecin et du personnel infirmier, soit le fait de donner ces ordres pour son propre compte. A notre avis, en effet, le médecin donne des ordres et instructions au personnel infirmier de la clinique et il les donne *pour son propre compte*, mais il ne peut être le commettant de ce personnel qui, *en lui obéissant, accomplit, en réalité, sa fonction d'employé de la clinique.*

Il semble bien, en définitive, que pour qu'il y ait lien de préposition occasionnel, il faille que celui qui exécute les ordres ait cessé pour sa part de travailler pour le compte de son commettant initial. Voilà bien l'élément complémentaire qui, joint au droit de donner des ordres et instructions, permet la formation d'un lien de préposition occasionnel. C'est ce qui se passe, par exemple, lorsque deux amies se « prêtent » mutuellement leur personnel domestique permanent en cas de défaillance de celui de l'une d'elles. Il est bien évident, alors, qu'en travaillant chez l'amie de sa patronne ce personnel n'exécute nullement une obligation assumée par lui à l'égard de cette patronne, mais de son plein gré accepte de se mettre, temporairement, sous les ordres d'une patronne occasionnelle (268). Celle-ci sera alors responsable de l'activité de ce personnel. Tout au contraire, le personnel de la clinique ne se soumet pas de son plein gré à l'autorité du médecin, il ne se soumet de son plein gré qu'à celle du médecin-exploitant de la clinique et c'est ce dernier qui lui ordonne de se soumettre à l'autorité du médecin.

La situation se résume donc ainsi : *le médecin donne des ordres et instructions, certes, pour son compte personnel, mais à un personnel qui les exécute pour le compte de la clinique* (269).

---

(268) Cf. M. Bardoul, *op. cit.*, p. 126 : « Le véritable commettant occasionnel est celui qui utilise pour son compte le préposé que le maître habituel détache momentanément de son service et des fonctions auxquelles il l'emploie : il y a dans ce cas rupture avec l'autorité première et subordination exclusive, en vertu d'un lien nouveau, au maître occasionnel. »

Cette définition, à laquelle nous nous rallions sans réserve, n'a pas, semble-t-il, retenu l'attention de la jurisprudence qui se base, plutôt, sur la notion de profit pour déterminer laquelle de deux personnes ayant le droit de donner des ordres à une autre est le commettant de cette dernière. Comme le remarquent MM. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, p. 993, note 1 *bis*, une recherche, ainsi orientée, sera souvent sans utilité et la question qui nous préoccupe le prouve puisque la clinique et le médecin tirent, tous deux, profit, au sens large s'entend, de l'activité du personnel infirmier de la clinique. Sur ce plan, il n'est donc pas possible de discerner lequel des deux est commettant de ce personnel.

(269) M. Bardoul, *op. cit.*, p. 127, oppose très judicieusement cette hypothèse à celle dans laquelle un médecin, pour opérer un client personnel à son cabinet ou à son domicile, se fait prêter les services d'un infirmier d'une clinique : « L'infir-

Aussi, à notre avis, le médecin, dans aucune des phases préopératoire, opératoire et postopératoire, n'est-il le commettant du personnel infirmier et n'est-il responsable de son activité en application de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil (270).

Cette proposition ne souffre-t-elle aucune exception ? L'arrêt précité de la Cour de Lyon du 18 mars 1927 semble en apporter une : « Attendu qu'il (le médecin) n'est responsable que des ordres précis et particuliers qu'il leur (aux infirmiers) a donnés. »

Si la Cour de Lyon veut dire par là que le médecin n'est responsable que de la qualité de ses ordres, nous sommes pleinement d'accord : nous n'avons jamais contesté la responsabilité médicale pour faute personnelle, mais cette responsabilité ne constitue pas l'objet de notre étude.

Si la Cour de Lyon veut dire par là que le médecin est responsable de l'activité du personnel infirmier lorsqu'il lui donne des ordres précis et particuliers, nous ne sommes plus du tout d'accord, comme peuvent le laisser penser nos réflexions précédentes.

En effet, nous avons dit avec M. Bardoul que le personnel de la clinique exerçait les fonctions auxquelles la clinique l'employait lorsqu'il exécutait les ordres du médecin, si bien que le médecin n'était pas commettant occasionnel de ce personnel.

Nous ajouterons, en outre, que la distinction entre les ordres tacites et les ordres exprès, précis et particuliers, nous apparaît comme arbitraire et inéquitable (271). Un médecin très consciencieux qui serait prolixe en ordres et recommandations précises et particulières verrait sa responsabilité plus engagée que celle d'un confrère plus désinvolte qui se reposerait sur l'automatisme supposé acquis du personnel infirmier.

Néanmoins, la restriction de la Cour de Lyon est tout de même indicative de la nécessité qu'il y a à limiter l'irresponsabilité délictuelle du médecin du fait du personnel infirmier de la clinique. C'est ainsi que nous arrivons à nous demander si le médecin ne pourrait pas être responsable de l'activité du personnel infirmier pratiquée, non sur ses

---

mier qui a, momentanément, quitté le service de la clinique agit, occasionnellement, sous l'autorité exclusive et pour le compte du praticien. »

(270) Cf. M. Kornprobst : in *La Responsabilité Médicale* (origine, fondements et limites), Paris, 1947, p. 287 : « Il apparaît donc qu'en dehors des cas où il est leur employeur, un médecin n'est pas civilement responsable de ses auxiliaires dans le cadre de l'article 1384, § 1 et 5 du Code Civil. » Tr. Civ. Bordeaux, 16 janvier 1950. D. 1950. J. 122.

(271) V. cependant : a contrario de Paris, 7 juillet 1950, inédit, cité en note sous Paris, 1re Ch., 27 avril 1953. *Gaz. Pal.*, 1953.1.412.

Paris, 21 juillet 1953. D. 1953.637.

Trib. civ. Seine, 24 nov. 1959, J.C.P., 1960.2.11.523.

On peut se demander, encore une fois ici, si une telle conception n'est pas inspirée par la considération de la responsabilité personnelle du médecin qui pourrait avoir donné des ordres insuffisants ou erronés. Nous avons dit, souvent, que la responsabilité du fait d'autrui est, par hypothèse, une responsabilité sans faute personnelle. La création du lien de préposition est absolument indépendante de la nature tacite ou expresse des ordres qu'une personne donne à une autre.

ordres précis et particuliers, mais sur ses ordres exceptionnels et d'une exécution particulièrement difficile en raison de sa rareté.

Imaginons qu'un médecin pratique, pour la première fois et le premier parmi ses confrères, une intervention ou un traitement pour lesquels est requise la collaboration du personnel infirmier. Celui-ci, et pour cause, n'est absolument pas préparé à une telle collaboration. N'est-il pas légitime de penser que le médecin, qui est parfaitement conscient de cette inaptitude, et qui néanmoins se charge de mener à bien l'intervention ou le traitement en guidant lui-même pas à pas ce personnel, est devenu le commettant de celui-ci ? Ne peut-on penser, à juste titre, que cette fois-ci le médecin-exploitant de la clinique, qui est conscient également que son personnel n'est peut-être pas à la hauteur de la situation, « prête » au médecin son personnel, mais ne collabore pas avec lui par l'intermédiaire de son personnel ?

On peut reprocher à une telle conception d'être trop vague dans la mesure où elle procède d'une interprétation d'intentions et dans la mesure où elle ne repose pas sur des fondements juridiques très solides. On peut objecter que tant que le personnel de la clinique travaille, aux yeux du patient, en tant que personnel de la clinique, le médecin-exploitant de celle-ci en est le commettant. Nous ne reconnaissons que trop la force de tels arguments. Mais nous ne pouvons, dans ces conditions, nous empêcher d'envisager, en la matière, un double lien de préposition qui relierait le personnel à l'exploitant de la clinique et au médecin.

Il resterait encore à déterminer quand ce double lien se formerait, quand l'intervention serait assez peu courante — on ne peut, en effet, limiter cette hypothèse à la seule et unique « première pratique » — pour que le médecin devienne commettant du personnel infirmier. Il semble, qu'en ce cas, la question se posant devant les tribunaux, les médecins experts s'en expliqueraient.

Bref, et à cette exception près, le médecin n'est pas, à nos yeux, commettant donc responsable du personnel infirmier de la clinique où il pratique, mais il est commettant et responsable du personnel infirmier de la clinique qu'il exploite.

Il peut paraître curieux que, dans le domaine contractuel, nous ayons distingué la responsabilité du fait d'autrui du médecin qui impose la clinique où il doit pratiquer, de celle du médecin qui ne l'impose pas, alors que dans le domaine délictuel nous ne procédons pas à cette distinction. Mais, d'une part, si l'on se reporte à l'analyse des cas dans lesquels il y a lieu d'invoquer la responsabilité délictuelle du médecin, l'on s'aperçoit que la nécessité d'une telle distinction se fait moins sentir, étant donné la nature des circonstances de fait.

En outre, si l'on envisage, par exemple, l'hypothèse où ce sont les proches de la victime qui demandent réparation au médecin de leur propre préjudice pécuniaire ou moral, l'on se rend compte que, *même lorsque le médecin a imposé la clinique au patient, il n'est pas possible de déduire de cette exigence une modification des rapports qui se créent entre le médecin et le personnel de la clinique, en regard de l'article* 1384

alinéa 5. Ce n'est pas parce que le médecin a imposé la clinique à son malade que le personnel de cette clinique cesse, pour autant, de remplir sous les ordres de ce médecin les fonctions auxquelles la clinique l'emploie, et cela pour le compte de cette clinique.

Ainsi donc, *si le fait d'imposer ou non la clinique étend ou restreint l'obligation du médecin à l'égard du malade, et par là, sa responsabilité contractuelle du fait d'autrui, il ne modifie en rien la nature des relations existant sur le plan de l'article* 1384 *alinéa* 5, *entre ce médecin et le personnel infirmier de la clinique.*

C'est uniquement l'étendue de l'engagement que peut prendre un médecin qui peut lui faire encourir une responsabilité contractuelle du fait d'autrui beaucoup plus grave que sa responsabilité délictuelle du fait d'autrui.

Allant, peut-être, contrairement à la logique du plus complexe au plus simple, mais conformément à la pratique du plus fréquent au plus rare, nous nous arrêterons un instant au cas du médecin qui est assisté au domicile du malade par une infirmière choisie par le malade.

Qui est le commettant de l'infirmière, le malade ou le médecin ?

L'arrêt de la Cour de Lyon, que nous avons, abondamment, utilisé à propos de la responsabilité du médecin du fait du personnel infirmier de la clinique, déclare après avoir nié cette responsabilité : « Attendu qu'il en est absolument de même lorsque le médecin opère au domicile du malade et que l'infirmière lui a été fournie par la famille. »

Nous approuvons une pareille assimilation puisque la situation est identique à la différence près que le commettant initial — et définitif de l'infirmière — au lieu d'être le médecin exploitant de la clinique est le malade. L'infirmière, en exécutant les ordres et instructions du médecin, accomplit les fonctions auxquelles le malade l'emploie. Si le médecin donne des instructions pour son compte personnel, l'infirmière les exécute pour le compte du malade.

Le médecin ne doit donc pas être responsable de l'activité de l'infirmière qui l'assiste au domicile du malade et qui est choisie par ce malade.

*
* *

Comme en matière contractuelle, la responsabilité délictuelle des médecins du fait de l'activité médicale de personnes, dépourvues de toute qualification pour soigner, n'existe pas, en fait, dans la mesure où la personne, sans qualification, a commis une faute dans l'exécution d'une tâche qui requérait une qualification. Il y a, en effet, faute personnelle, nous l'avons vu, pour un médecin, à accepter la collaboration de personnes non qualifiées pour soigner et cette insouciance entraîne, sur le plan délictuel, l'application à ce médecin des articles 1382 et 1383 du Code Civil.

Lorsque la personne, non qualifiée, a commis une faute dans l'exécution d'une tâche qui n'exigeait aucune qualification, le médecin en est responsable selon le droit commun de la responsabilité du commettant du fait de son préposé.

APPENDICE

Comme en matière contractuelle, nous tenons à dire un mot, sur le plan délictuel, de la responsabilité du médecin du fait d'un dommage causé par un instrument ou un appareil manipulé par une personne liée à ce médecin par un contrat d'entreprise ou un contrat de travail.

Si l'instrument ou l'appareil est manipulé par un médecin, celui-ci étant indépendant et ne pouvant être le préposé d'un confrère, est gardien de la chose et, seul, il peut être responsable de son fait en application de l'article 1384 alinéa 1 (272).

Si l'instrument ou l'appareil est manipulé par un non-médecin, le médecin employeur de cette personne reste gardien en général de la chose manipulée et se trouve seul responsable de son fait, en application du même article.

---

(272) Ce que nous avons dit pp. 68 et 94 sur le recours que le médecin manipulateur pourrait ou devrait pouvoir exercer contre le médecin qui lui a fourni l'appareil litigieux est valable ici. Il en est de même du partage de la garde que nous avons suggéré entre le propriétaire de l'appareil pour les dommages causés par un vice de structure et le manipulateur-médecin, pour les dommages causés par l'utilisation dudit appareil.

Nous ajouterons que cette dernière conception s'harmonise avec celle selon laquelle, à nos yeux, le médecin pratiquant dans une clinique n'est pas responsable du personnel infirmier de celle-ci dans le sens de l'article 1384, alinéa 5. En effet, dans cette optique, le médecin-traitant laisse à la clinique la responsabilité de la « mise en bon état de fonctionnement » de l'équipement et du personnel hospitaliers dont ce centre de soins a pris *l'initiative* et prend sur lui la responsabilité de l'utilisation qu'il en fait : quant au personnel, des ordres et directives erronés qu'il lui donne ; quant à l'équipement, de la présomption de maladresse qui pèse sur lui, manipulateur, à partir du moment où, à l'expertise, la structure des instruments et appareils est apparue sans faille.

Le point de vue des médecins sur leur responsabilité délictuelle du fait de l'activité médicale d'autrui.

Les médecins, il faut le reconnaître, ne distinguent pas leur responsabilité contractuelle de leur responsabilité délictuelle et cela est tout à fait normal puisqu'ils ne sont pas juristes, d'autant plus normal que les juristes, eux-mêmes, ont été et sont encore divisés sur l'opportunité qu'il peut y avoir à distinguer l'une de l'autre (273).

Aussi la grande majorité du corps médical désapprouve-t-elle ou approuve-t-elle, en bloc, les solutions que l'on peut préconiser sur leur responsabilité du fait d'autrui, selon que ces solutions impliquent ou non leur responsabilité du fait de personnes titulaires des qualifications suffisantes pour agir dans le domaine où elles agissent en fait.

Les conclusions auxquelles nous sommes arrivé dans les domaines quasi-contractuel et délictuel conviendront certainement mieux aux médecins que celles auxquelles nous nous sommes arrêté dans le domaine contractuel, puisque dans le domaine quasi-contractuel nous dénions leur responsabilité du fait d'autrui et que, dans le domaine délictuel, nous ne leur reconnaissons que la responsabilité du fait de leur propre personnel infirmier.

Encore dans leur optique, cela peut-il être trop. Mais nous ne répèterons, que pour mémoire, qu'il n'y a aucune raison de droit, ni même d'équité, pour que les médecins soient les seuls employeurs à ne pas tomber sous l'application de l'article 1384 alinéa 5 du Code Civil, sous le prétexte que leur personnel est qualifié.

Section Troisième

RECOURS DU RESPONSABLE CONTRE L'AUTEUR DU DOMMAGE ASSURANCE DE LA RESPONSABILITE DELICTUELLE DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI

Le médecin, délictuellement responsable du fait d'autrui, peut se retourner contre l'auteur du dommage en se fondant sur l'inexécution ou l'imparfaite exécution du contrat de travail qui l'unit, généralement, à lui (274).

---

(273) V. notamment l'article, assez récent, précité de M. Mignon, spécialiste des questions médicales, intitulé : « Fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens. » D. 1950, *Chron.*, p. 121.

(274) Au sujet du recours à exercer contre des religieuses infirmières bénévoles, v. *supra*, note 204.

Lorsqu'aucun contrat n'a été passé par le responsable avec l'auteur du dommage, ce qui est assez rare, la question se pose à nouveau comme pour le recours contractuel (275) de savoir si ce responsable peut invoquer l'article 1382 du Code Civil contre l'auteur du dommage. Le préjudice subi par le responsable qui a dû indemniser la victime prend-il sa source dans la faute de l'auteur du dommage ou dans la disposition légale de l'article 1384, alinéa 5 ?

Transposant, une fois encore, dans notre domaine, la conception de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation selon laquelle l'indemnisation par l'Etat d'une victime fonctionnaire est pour cette collectivité un préjudice qui prend naissance dans l'application du statut des fonctionnaires et agents et non dans la faute de l'auteur du dommage causé à la victime, l'on pourrait dire que, de même, le préjudice subi par le responsable du fait d'autrui sur le plan délictuel, qui a dû indemniser la victime, prend sa source dans la disposition légale de l'article 1384, alinéa 5 ; donc que les articles 1382 et 1384 sont inapplicables dans le recours exercé par ce responsable contre l'auteur du dommage causé à la victime. Nous avons déjà dit ne pas adopter ces subtilités.

*
* *

Il est bien évident que l'assurance de la responsabilité médicale délictuelle du fait d'autrui est possible et souhaitable et qu'elle ne diffère en rien de l'assurance que peuvent contracter (276) tous les employeurs pour garantir leur responsabilité du fait de leurs préposés.

---

(275) Cf. *supra*, p. 96.

(276) Par analogie de l'article 353 du Code de Commerce, de l'article 13 de la loi du 13 juillet 1930 et en considération d'une jurisprudence constante. V. MM. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, t. I, p. 983.

TITRE DEUXIÈME

RESPONSABILITÉ DES PROFANES DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI

Il n'est pas, dans le cadre du droit privé, que les médecins qui soient amenés à répondre de l'activité d'autrui.

Un certain nombre de personnes morales ou physiques dépourvues de toute qualification médicale y est amené, comme eux, soit par le jeu de la responsabilité contractuelle, soit par le jeu de la responsabilité délictuelle des commettants du fait de leurs préposés.

Cet état de choses prouve aux membres du corps médical que, lorsque leur responsabilité du fait d'autrui est engagée, ce n'est nullement parce que les juristes s'imaginent, dans leur incompétence en matière médicale, qu'un médecin doit et peut prévenir les erreurs de tous ses collaborateurs, c'est uniquement parce que les règles du Code Civil, en matière de responsabilité, s'appliquent aux médecins comme à tous ceux qui acceptent de créer, par leur activité, des situations juridiques.

Nous allons envisager successivement la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui :

— des exploitants de clinique non-médecins ;

— des associations de médecins du fait de leurs membres et de leur personnel ;

— des particuliers du fait des infirmières qu'ils ont choisies pour les soigner à leur domicile ;

— des entreprises du fait du médecin du travail et, éventuellement, de ses auxiliaires ;

— des compagnies de transport maritime ou aérien du fait du médecin de bord et du personnel médical exerçant à bord.

Chapitre Premier

RESPONSABILITÉ DES CLINIQUES A DIRECTION NON-MÉDICALE DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI

Cette responsabilité ne peut être que semblable à celle qu'encourent les cliniques exploitées par un médecin puisque nous avons vu que, ni dans le domaine contractuel, ni dans le domaine délictuel, la qualité de médecin de l'exploitant de la clinique n'est entrée en ligne de compte pour la détermination de sa responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui.

Il suffit donc d'appliquer aux cliniques à direction non-médicale les solutions que nous avons préconisées à propos de la responsabilité contractuelle des cliniques à exploitation médicale du fait des médecins qui y exercent (277) à propos de la responsabilité contractuelle du médecin qui exploite une clinique du fait du personnel infirmier qui y est attaché (278), à propos de la responsabilité délictuelle des médecins, donc des éventuels exploitants de clinique, du fait de leurs confrères (279), enfin, à propos de l'identification du commetant, du personnel infirmier de la clinique (280).

Ces solutions doivent s'appliquer à tous les non-médecins exploitants de cliniques, quels qu'ils soient, particuliers, associations ou sociétés.

Il est à signaler, à propos de la responsabilité du fait d'autrui d'une personne morale exploitant un centre de soins, une série d'arrêts qui furent très remarqués, en leur temps, dans une affaire Errera c./ Mara et l'Hôpital italien de Tunis (Association J. Garibaldi) (281). Il s'agis-

---

(277) V. *supra*, p. 69 et s.
(278) V. *supra*, p. 84 et s.
(279) V. *supra*, p. 119 et s.
(280) Cf. *supra*, p. 121 et s.
(281) Alger, 5 nov. 1931 (rapporté aux Grands Arrêts *Capitant* avec la décision postérieure de la Chambre Civile).
Cass. Civ., 30 déc. 1936 (D. 1937.1.5).
Aix, 17 fév. 1938 (D.H. 1938.297).
Cass. Civ., 29 déc. 1947 (S. 1948.1.88).

sait de savoir, dans cette espèce où le médecin-chef de l'hôpital (privé) de Tunis avait blessé à l'œil, en brisant un porte-aiguilles, son chirurgien-adjoint, qui était gardien du porte-aiguilles : l'hôpital ou le chirurgien-chef. Et pour cette recherche, l'on était amené à se demander si le chirurgien-chef était le préposé de l'hôpital auquel cas il n'aurait pu, selon la Cour d'Aix, être gardien du porte-aiguilles du fait même de sa qualité de préposé (282). La Cour Suprême, le 29 décembre 1947, a affirmé que le chirurgien-chef conserve son entière indépendance et par conséquent n'est pas le préposé de l'hôpital privé. M. Mazeaud, dans son cours cité en note, approuva, incidemment mais totalement, cette position. Ceci nous confirme dans l'idée que nous avons exposée, qu'un médecin ne peut être le préposé de qui que ce soit, confrère ou profane (283).

Il faut encore noter que lorsque l'exploitant de la clinique est une congrégation religieuse autorisée, sa responsabilité, du fait de ses membres soignant bénévolement, est identique à celle de l'exploitant laïc du fait de son personnel hospitalier. Sur le plan contractuel, la question ne se pose même pas. Sur le plan délictuel, l'on pourrait se demander si le membre d'une congrégation hospitalière peut être déclaré préposé de celle-ci. Il faudrait répondre par l'affirmative, quel que soit le caractère prosaïque que ce terme puisse donner aux liens de nature exclusivement spirituelle, en fait, qui rattachent le membre d'un ordre à cet ordre ; et cela parce que, justement, le droit de direction et d'autorité, que le membre d'une congrégation reconnaît à celle-ci sur sa personne, est total. Or, nous le savons, c'est ce droit même qui caractérise le lien de préposition et nullement le motif de celui qui reconnaît ce droit à son propre égard, l'origine de ce droit ou la contrepartie d'une telle soumission.

Il pourrait y avoir lieu, théoriquement, à recours de la congrégation contre son membre en faute, mais le recours ne sera pas exercé en pratique, étant donné le caractère du lien qui unit cette congrégation à son membre.

---

(282) M. H. Mazeaud dans son cours de Doctorat de 1952-1953 critique vigoureusement cette conception (pp. 252 & 253).

(283) V. en ce sens Lyon, 30 oct. 1958, obligeamment communiqué par le Sou Médical : « Considérant que, suivant conventions sous signatures privées en date à Lyon du 26 janvier 1949, le docteur B. a été désigné comme chirurgien de la clinique mutualiste... établissement hospitalier de droit privé, appartenant à l'Union Générale de la Mutualité du Rhône pour une durée d'un an, susceptible de se prolonger par tacite reconduction...

Considérant que cette convention ne fait point de B. le préposé de l'Union Générale de la Mutualité du Rhône... »

CHAPITRE DEUXIÈME

RESPONSABILITÉ DES ASSOCIATIONS ET SOCIÉTÉS DE MÉDECINS DU FAIT DE LEURS MEMBRES ET DE LEUR PERSONNEL

Les associations et sociétés de médecins, personnes morales, peuvent-elles être responsables de l'activité médicale de leurs membres ?

Cette question n'est pas aussi complexe qu'elle en a l'air si l'on précise, au préalable, la nature et l'objet d'une association et d'une société de médecins.

Il faut réaliser, tout d'abord que, dans le langage juridico-médical, l'association de médecins n'est, bien évidemment, pas le groupement à but désintéressé de la loi de 1901. Il s'agit, en fait, d'une simple *convention* entre médecins analysée par la jurisprudence (284) comme « un contrat synallagmatique particulier appelé communauté d'intérêts qui écarte la notion de société parce qu'il ne comporte pas la notion de risques courus sur un apport qui n'existe pas ».

En ce cas, il n'y a donc pas formation d'une personne morale qui pourrait, éventuellement, répondre de l'activité de ses membres.

Ce type de convention devient assez fréquent (285), les médecins d'une même localité préférant substituer à l'âpre concurrence, autrefois de rigueur, une entente qui leur permet d'exercer leur profession avec moins d'acharnement et autant de profit, mais cependant en toute indépendance et sous leur entière et respective responsabilité.

Parfois cependant, à côté de cette simple entente, née d'un « contrat synallagmatique », innommé, se constitue une société de médecins, société, cette fois-ci, au nom justifié, société civile ou commerciale suivant son objet ou sa forme.

Cette société, en réalité, n'est pas formée en vue de l'exercice de

---

(284) Cour d'appel de Paris (4e *Chambre*), 23 juin 1960. Suppl. Conc. Medic., 25 mars 1961. L'exercice de la médecine en groupe, p. 16.

(285) Cf. l'étude précitée du Dr Marçais : « La tendance à l'association et aux cabinets de groupe », Revue de Droit Social, 1962, p. 500 et *ibid.*, p. 508, une étude de M. Jean Savatier « Problèmes juridiques de la médecine de groupe ou d'équipe. »

la médecine. Celle-ci est un art qui ne peut être pratiqué que par des personnes physiques titulaires de diplômes d'Etat et non, par conséquent, par une personne morale.

En revanche, la société de médecins, où peuvent figurer, d'ailleurs, de simples capitalistes profanes, a pour objet, comme le prévoit avec précision un projet de statuts (286), « de procurer à ses membres les moyens matériels d'exercer la profession médicale, à fin, notamment, de prendre à bail, d'acquérir, de gérer ou d'administrer tous immeubles et locaux utiles à l'exercice de la profession en groupe ; aux mêmes fins d'installer, transformer et occuper lesdits immeubles et locaux et, plus généralement, d'étudier et de résoudre tous les problèmes d'ordre matériel ayant trait à l'organisation de l'exercice médical... et toutes opérations se rattachant, directement ou indirectement, à l'objet social ».

En somme, il ne peut y avoir de société de médecins que greffée sur une entente préalable et distincte relative à l'exercice en commun de la médecine.

Ceci étant posé, l'on sait qu'une personne morale ne peut être obligée que par ceux des actes de ses membres qui se rapportent à l'objet social.

Or, avec M. Joly, dans une chronique sur les « Sociétés et associations de médecins » (287), « sans cultiver le paradoxe, on peut dire que les actes professionnels des médecins réunis en société... n'entrent pas dans l'objet de ce groupement ».

Donc la société, ne peut être déclarée responsable de l'activité médicale de ses membres. Ce serait un non sens de prétendre le contraire.

Cette société peut-elle être responsable de l'activité médicale du personnel infirmier qui collabore avec les membres de la société ?

Du moment que, nous l'avons vu, cette société est constituée « plus généralement pour étudier et résoudre tous les problèmes d'ordre matériel ayant trait à l'organisation de l'exercice médical », il est bien certain qu'il rentre dans son objet de réunir, éventuellement, au même titre que l'équipement, le personnel susceptible de collaborer avec les membres médecins de la société.

Peut-on considérer, alors, que la société doit être responsable de ce personnel infirmier qu'elle a, ainsi, réuni ?

Si la société exploite une clinique, ses membres médecins y pratiquent dans les mêmes conditions que s'ils étaient étrangers à la société. Par conséquent, nous estimons, une fois encore, que la société est commettante du personnel qui, en exécutant les prescriptions des médecins accomplit les fonctions mêmes auxquelles cette société l'emploie (288).

---

(286) Publié au Conc. Médic. Suppl., 25 mars 1962. L'exercice de la médecine en groupe, p. 23.

(287) D. 1953. *Chron.*, p. 141.

(288) V. *supra*, p. 125.

Si la société est seulement propriétaire de locaux et d'appareils dont ses membres sont, en quelque sorte, les usagers, il n'est plus possible de dire, même lorsque c'est la société qui a engagé le personnel qui doit assister ses membres médecins dans l'exercice de leur art, qu'elle en est la commettante. En effet, comme le font remarquer MM. Mazeaud et Tunc dans leur traité de la Responsabilité Civile (289) : « Il ne suffit pas que les fonctions aient été confiées par une personne à une autre. Il faut encore que ces fonctions relèvent du domaine d'activité propre au commettant... Il faut que le préposé ait été chargé d'accomplir un acte qui incombait au commettant ». Or, la société de médecins, dans l'hypothèse que nous considérons, n'a pas pour activité, comme lorsqu'elle exploite une clinique, d'exécuter les prescriptions des médecins qui pratiquent dans ses locaux et avec son matériel. Donc, seuls les médecins membres de la société peuvent être responsables de l'exécution de leurs ordres dans le sens de l'article 1384, alinéa 5 du Code Civil.

En définitive, nous pouvons en prendre conscience maintenant, la question de savoir si une association ou une société de médecins est responsable de l'activité médicale de ses membres ou de son personnel est un faux problème que nous avons cru, néanmoins, nécessaire de poser car il est assez fréquent que ses véritables données soient méconnues, et cela d'autant mieux que, nous l'avons vu (290), ces groupements de médecins ont tendance à vivre dans une relative clandestinité.

---

(289) 5e éd., t. I, p. 946.
(290) V. *supra*, p. 75.

Chapitre Troisième

RESPONSABILITÉ DES PARTICULIERS DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE DES INFIRMIÈRES QU'ILS ONT CHOISIES POUR LES SOIGNER A DOMICILE

Lorsque nous nous sommes demandé s'il y avait lieu à responsabilité contractuelle (291) et délictuelle (292) du médecin du fait du personnel infirmier qui l'assiste au domicile du malade et qui a été choisi par ce malade, nous nous sommes prononcé pour la négative. Ceci implique, en conséquence, qu'à notre avis, le malade seul est responsable des dommages que l'activité médicale de ce personnel infirmier, par lui choisi, peut causer à un tiers, fût-ce au médecin lui-même.

(291) V. *supra*, pp. 82 et 83.
(292) V. *supra*, p. 128.

CHAPITRE QUATRIÈME

RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES DU FAIT DU MÉDECIN DU TRAVAIL ET DES INFIRMIÈRES DU TRAVAIL

Dans une perspective d'humanisation des conditions de travail, de protection des travailleurs, le législateur a *imposé* par la loi du 11 octobre 1946, aux « établissements énumérés à l'article 65 du livre II du Code du travail, ainsi qu'aux offices publics et ministériels, aux établissements relevant des professions libérales, aux sociétés civiles, aux syndicats professionnels, et aux associations de quelque nature que ce soit occupant des salariés, « l'organisation des services médicaux du travail.

« Ces services seront assurés par un ou plusieurs médecins qui prenent le nom de « médecins du travail » et dont le rôle, *exclusivement préventif*, consiste à éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail, notamment en surveillant les conditions d'hygiène du travail, les risques de contagion et l'état de santé des travailleurs. »

Les particuliers ou les personnes morales auxquels s'appliquent ces dispositions vont-ils être responsables de l'activité du médecin du travail et, dans l'affirmative, quelle va être la nature de cette responsabilité ?

Tout d'abord, il ne faut pas oublier que certains dommages, éventuellement, causés par le médecin du travail rentreront dans le cadre du régime des accidents du travail définis par l'article L 415 du Code de la Sécurité Sociale (293) ainsi, par exemple, une lésion due à une trop longue exposition de l'ouvrier ou employé aux rayons d'un examen radiologique. En ce cas, aux termes de l'article L 456 du même Code « aucune action en réparation des accidents et maladies visés par le présent livre ne peut être exercée, conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants-droit », sauf si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ; ce qui, par hypothèse, ne rentre pas dans le domaine de notre étude sur la responsabilité sans faute du fait d'autrui.

---

(293) En ce sens, v. *Rép. Droit Social du Travail* (Encyclopédie Dalloz), v. *Médecine du Travail*, n° 120.

Par conséquent, si le dommage causé par le médecin du travail peut être qualifié d'accident du travail, la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur ne peut exister.

Mais tous les dommages causés par l'activité du médecin du travail ne peuvent être qualifiés d'accidents du travail, et cela, d'autant plus que cette activité est exclusivement préventive. Ainsi lorsqu'il résulte d'un examen insuffisant du médecin du travail que les premiers symptômes d'une maladie, non professionnelle, ne sont pas dépistés à temps et lorsque des troubles, voire la mort de l'ouvrier ou employé survient par suite du défaut de soins appropriés, la définition de l'article L. 415 du Code de la Sécurité Sociale ne peut s'appliquer aux préjudices subis, lesquels ne sont pas survenus « par le fait ou à l'occasion du travail ». En ce cas, le droit commun de la responsabilité du fait d'autrui peut être invoqué contre l'employeur.

En quoi consiste ce droit commun en la matière ? C'est ce que nous allons rechercher.

Certains ont estimé que la responsabilité de l'employeur du fait du médecin du travail est contractuelle puisque le service médical est administré par l'employeur : « toute défaillance fautive dans cette organisation peut entraîner sur le plan contractuel, la responsabilité personnelle et directe de l'employeur » (294).

Nous ne pouvons souscrire à une telle conception, même si elle se borne à viser l'organisation et non le fonctionnement du service. A notre avis, lorsqu'un employeur passe avec un ouvrier un contrat de travail, il ne s'engage pas à lui fournir, entre autres prestations, le contrôle du médecin du travail. L'organisation de ce contrôle est imposée, par la loi, à l'employeur qui s'y soumet de bon ou de mauvais gré. Quelle que soit la plus ou moins grande générosité naturelle de l'employeur, la situation juridique est toujours identique : l'organisation d'un service médical du travail et l'activité du médecin du travail ne constituent pas l'exécution d'un engagement contractuel de l'employeur à l'égard de son salarié, elle est l'exécution d'une disposition légale donc coercitive.

On pourrait nous reprocher de contredire, ici, des opinions que nous avons précédemment émises sur la responsabilité contractuelle du médecin en droit commun (295). Nous n'avons pas admis, en effet, que les fautes du médecin envers son malade soient ramenées à la simple violation des articles 1382 et 1383 du Code Civil ou à la simple violation d'une jurisprudence aussi impérieuse que la loi ; nous avons considéré ces fautes comme la violation d'un engagement volontaire, donc contractuel du médecin à l'égard du malade.

Mais il est impossible, en fait, d'assimiler le contrat du médecin avec son malade à celui de l'employeur avec son ouvrier.

Le premier s'engage, volontairement à titre principal, à soigner et à soigner consciencieusement. Que la loi fasse à tous les citoyens l'obli-

---

(294) V. par exemple Trib. Civ. Lille, 9 juin 1952. *Dr. Soc.*, 1952.684.
(295) Cf. *supra*, pp. 101 & 102.

gation de ne nuire à personne, même par imprudence, qu'elle leur fasse l'obligation d'exécuter loyalement les engagements souscrits, que la jurisprudence définisse, ou mieux précise, le contenu de l'obligation du médecin, à savoir, prodiguer des soins éclairés, tout cela ne transforme pas — tant est grand le caractère de généralité de telles injonctions — les devoirs particuliers et concrets du médecin en des obligations purement légales. Convenir du contraire, nous l'avons dit, c'est nier l'existence de tout engagement contractuel.

L'employeur, en revanche, s'engage à titre principal et exclusif à rémunérer le travail fourni par l'ouvrier. Ce fut là, pendant des siècles, le seul engagement volontaire, donc contractuel, de l'employeur. Sous l'impulsion, la pression même des travailleurs, organisés, conscients du respect et de la protection qui étaient dus, en toute justice, à leur personne, les pouvoirs publics se sont penchés, spécialement, sur les rapports employeurs-employés. Ils ont, avec la collaboration de ces derniers groupés dans leurs syndicats, prévu et *imposé* dans le détail toutes les conditions dans lesquelles devait, désormais, s'effectuer le travail. Ainsi, a été *exigée*, dans les formes que nous avons relatées au début de ce chapitre, l'organisation d'un service de médecine du travail placé, il est vrai, dans le champ d'administration de l'employeur. Soutenir, dans ces conditions, que cet employeur s'engage contractuellement, donc volontairement, à fournir à ses travailleurs l'activité d'un médecin du travail, c'est nier les faits, c'est faire de la science juridique une abstraction, danger dont les juristes doivent se garder avec soin.

Il est d'ailleurs une constatation qui nous affermit dans notre idée : l'on sait que les conventions collectives constituent des dispositions contraignantes, dans le domaine du droit du travail, pour tous les membres des groupements qui les ont conclues et, parfois même, précèdent des dispositions légales dont le contenu leur est identique. Il est bien certain que ces conventions, comme leur nom l'indique, résultent d'un *accord* volontaire entre des groupements de salariés et d'employeurs. Or, malgré ce caractère contractuel de l'engagement souscrit ainsi par les employeurs envers leurs travailleurs, en quelque sorte préalablement à la conclusion de chaque contrat de travail particulier, il est reconnu que « l'effet de la convention collective sur les contrats individuels de travail ne doit pas être analysé en une incorporation dans le contrat individuel des règles de la convention collective : *les dispositions de la convention collective ne sont pas considérées comme des clauses tacites des contrats individuels.* Il se produit, simplement, une combinaison automatique des clauses du contrat individuel et de celles de la convention collective » (296). Combien, a fortiori, peut-on dire alors, en paraphrasant, que les dispositions légales de droit du travail ne doivent pas être considérées comme des clauses tacites des contrats individuels ! (297)

---

(296) V. MM. Rouast et Durand. Précis de droit du travail, 1957, § 230.

(297) M. Savatier, dans une note sous Paris, 1re Ch., 5 déc. 1959, J.C.P., 1960.2.11.489, pourtant partisan de la responsabilité délictuelle, il est vrai, de l'employeur du fait du médecin du travail, reconnaît que la jurisprudence doute

En définitive donc, il apparaît que l'employeur ne peut être, contractuellement, responsable de l'activité médicale de son médecin du travail.

En serait-il de même si l'employeur, en dehors de toute injonction de la loi (298), avait pourvu son entreprise d'un médecin dont le rôle serait de faire subir aux employés des examens et mesures d'hygiène que cet employeur jugerait personnellement indispensables ? Certes non. C'est ainsi que nous approuvons un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation du 20 novembre 1937 (299) : il a engagé la responsabilité *contractuelle* d'une compagnie de chemins de fer qui, avant d'embaucher une garde-barrière, avait exigé que celle-ci se fasse vacciner par le médecin de la compagnie lequel, par cette vaccination, causa préjudice à la postulante. La haute juridiction a estimé que la compagnie avait passé un contrat avec sa future employée, contrat par lequel cette dernière acceptait d'être vaccinée, tandis que la compagnie prenait, quant à cette vaccination, une obligation de sécurité. Ce raisonnement nous semble impeccable.

Il pourrait s'appliquer également, à notre avis, lorsque le médecin par lequel une compagnie exigerait que son personnel se fasse examiner, ne diagnostiquerait pas les symptômes patents d'une affection existante. En effet, en imposant un contrôle médical à son personnel, la compagnie le détourne d'une visite éventuelle à un médecin du secteur libre plus compétent et doit donc s'engager à ce que l'exigence qu'elle formule soit compensée par l'assurance d'un examen médical, non pas quelconque, mais éclairé (300).

L'employeur peut-il voir engager sa responsabilité du fait de son médecin du travail sur le plan délictuel ? Comme à l'ordinaire, une telle question se traduit par celle-ci, plus concrète : le médecin du travail est-il le préposé de l'employeur ?

---

toujours « qu'on doive rattacher au contrat les obligations statutaires de l'une des parties envers l'autre ».

(298) Cela était possible surtout avant la loi du 11 octobre 1946 qui, la première, a constitué une législation de la médecine du travail, obligatoire pour presque tous les établissements.

(299) *Rev. Trim.*, 1938, p. 257.

(300) Il semble que, par analogie, bien que, dans un domaine différent de la médecine du travail, la solution devrait être la même pour la compagnie d'assurances qui soumet ses assurés ou futurs assurés au contrôle du médecin attaché à la compagnie (V. sur ce contrôle Grenoble, 6 juillet 1960, J.C.P., 1961.2.11.934 et note Savatier : « Ainsi, en procédant à l'examen de l'assuré, le médecin se prévaut nécessairement de la *convention* passée entre l'*assureur* et la *victime* de l'accident et en vertu de laquelle *la victime a consenti à se prêter à l'examen du mandataire de l'assureur,* dans l'espoir d'obtenir de lui un règlement transactionnel. » Pour les futurs assurés, l'examen médical qu'ils peuvent éventuellement accepter de subir peut être considéré comme faisant l'objet d'un « précontrat ».

(301) V. M. Jean Savatier in *La Profession libérale*, étude juridique et pratique, 1947.

M. Savatier in *Traité de la Responsabilité Civil en Droit français*, 2e éd., 1951, § 300.

Pour la très grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence actuelles, pour ne pas dire sa quasi-unanimité, un médecin peut être préposé (301) et le médecin du travail est le préposé de l'employeur (302). Il faut reconnaître que les conditions dans lesquelles le médecin du travail exerce son activité permettent, en apparence, de l'assimiler aux autres salariés de l'entreprise, aux cadres, évidemment. C'est ainsi qu'il est astreint à une durée de travail déterminée par le contrat qu'il conclut avec l'employeur, que sa rémunération est fixée à l'avance tel un salaire, qu'il bénéficie d'un congé payé annuel, du régime de retraite prévu ordinairement pour les cadres, que dans certaines conditions il peut être « licencié ».

Nous avons dit (303), à propos de la responsabilité d'un médecin du fait d'un confrère, que nous ne considérions pas que de telles conditions de travail impliquaient, inéluctablement, l'existence d'un contrat de travail mais, qu'au contraire, en l'état actuel d'extension toujours croissante de la législation protectrice du travail, elles pouvaient découler de la conclusion d'un contrat d'entreprise par lequel le travailleur garde toute son indépendance quant à la direction de son travail, ce qui est, incontestablement, le cas du médecin du travail (304). Or, on le sait, la conclusion d'un contrat d'entreprise ne crée aucun lien de préposition entre les parties.

A notre avis, donc, le médecin du travail n'est pas le préposé de l'entreprise où il pratique.

Certains, qui ne sont pas sans être gênés de voir des médecins consi-

---

(302) V. notamment MM. Savatier, Auby & Pequignot, *op. cit.*, § 417. Note Savatier sous Paris, 1re Ch., 5 déc. 1959, J.C.P., 1960.2.11.489 précité.

(303) *Supra*, pp. 119 et 120 et surtout note 260.

(304) V. l'article 6 d'un modèle de contrat pour un médecin du travail à temps complet relevant d'un service interentreprises, élaboré par le Conseil National du Patronat Français, les syndicats de médecins du travail et la Confédération ds Syndicats médicaux français : « Le Dr X... exercera son art, en toute indépendance, dans le respect des règles résultant du Code de Déontologie et des traditions professionnelles. »

Certes, le médecin du travail paraît davantage soumis que tout autre de ses confrères qui apporte sa collaboration à autrui, à des directives dans le secteur extra-médical, secteur que, nous l'avons vu *supra*, p. 120, note 260, M. Bardoul, que nous n'avons approuvé, ne voulait pas dissocier de l'activité proprement médicale. Mais il ne faut pas oublier que le rôle purement *préventif* du médecin du travail lui permet de s'incliner devant certaines instructions d'ordre administratif sans que pour autant l'indépendance complète que requiert l'exercice de sa profession en soit altérée. Il ne faut d'ailleurs pas, à notre avis, étendre outre mesure, le domaine des directives que peut donner l'employeur au médecin du travail et dire, comme l'a fait le Trib. civ. de Versailles, le 10 juil. 1954. Dr. ouvrier, 1955.63, que le fait, pour le médecin, de confondre les fiches médicales des salariés est un acte dans l'accomplissement duquel les rapports de la société et du médecin demeurent ceux de commettant à préposé.

V. *infra*, p. 150 à propos des infirmières du travail, les raisons qui, de toute façon, nous empêchent de considérer qu'un médecin du travail peut être qualifié de préposé de l'employeur.

dérés comme des préposés (305), n'en estiment pas moins, cependant, qu'il ne faut pas conclure trop hâtivement à l'incompatibilité absolue de la profession médicale et de la notion de préposition. C'est ainsi que M. le Dr Gignoux qui s'est beaucoup intéressé, comme nous le verrons, à l'exercice de la médecine dans le secteur public, se demandait, un jour, à propos de l'attribution de la qualité de préposé au médecin du travail, si la tendance sociale que marque le droit actuel ne conduirait pas à élargir la notion de préposé du droit privé, à la rapprocher de celle très ample d'agent public lequel, lorsqu'il est médecin précisément, conserve son entière indépendance technique et pourtant engage la responsabilité de l'administration à laquelle il est lié.

Il est très possible que cette idée soit prophétique dans la mesure surtout où, dans l'économie de demain, l'initiative privée tendrait à faire place à une plus grande immixtion des pouvoirs publics. Cette suggestion a, par ailleurs, le mérite de tendre vers une certaine unification de la responsabilité du fait d'autrui, unification que justifie, en partie, comme nous l'avons reconnu lorsque nous avons étudié la responsabilité du fait d'autrui en droit commun (306), le principe unique qui inspire, en fait, cette responsabilité dans les deux branches privée et publique du droit : celui de la responsabilité du chef.

Néanmoins, il nous semble qu'en l'état actuel de notre droit, la situation d'un médecin du secteur libre et celle d'un médecin du secteur public ne peuvent être assimilées, même sur le plan des rapports les reliant à ceux qui utilisent leur activité.

Certes, nous maintenons ce que nous avons dit, à savoir : que les collectivités publiques répondent, de même que les particuliers, des personnes dont elles utilisent l'activité parce que, comme eux, elles sont des chefs responsables qui doivent garantir la tâche à laquelle ils président. Mais, il ne faut peut-être pas oublier cependant que si la responsabilité de la puissance publique couvre l'activité d'un nombre toujours plus grand de personnes, jusqu'à celle de simples collaborateurs occasionnels, il en est ainsi parce qu'au-delà de la simple notion fondamentale de responsabilité du chef, nous l'avions d'ailleurs laissé pressentir (307), il y a une impérieuse nécessité d'ordre public et le souci d'une certaine répartition des charges sociales entre tous les citoyens.

Cette répartition, l'Etat la garantit par son système fiscal, dont on dit qu'il assure même la redistribution des revenus privés : les deniers publics, collectés principalement par l'impôt, répondent des dommages particuliers causés par le fonctionnement des services publics ; lorsqu'un citoyen, contraint souvent par la nécessité, ne peut recourir à l'initiative

---

(305) Ce n'est pas, ne nous y trompons pas, que ce qualificatif nuise par lui-même à la dignité du médecin, mais il implique inéluctablement une soumission que l'article 9 du Code de Déontologie Médicale prohibe formellement aux médecins.

(306) Cf. *supra*, p. 36 et la thèse précitée de M. Chapus. Responsabilité publique et responsabilité privée. Paris, 1952.

(307) Cf. *supra*, p. 36.

individuelle d'un de ses concitoyens, s'adresse à la communauté nationale pour que celle-ci lui fournisse une prestation et lorsque cette communauté le confie, alors, à l'un de ses collaborateurs, lequel cause par son activité un dommage à ce citoyen, la communauté nationale a charge de réparer ce dommage, *même lorsque son collaborateur avait le droit et le devoir de ne recevoir d'elle aucun ordre ni directive* et elle le répare parce que la victime, en s'adressant à l'ensemble de ses concitoyens comme à son seul recours, a fait, implicitement, appel à leur solidarité inconditionnelle en cas de dommage.

C'est en nous référant à cette idée que nous admettons parfaitement, nous le verrons un peu plus loin, que l'Etat ou une collectivité publique réponde de l'activité du médecin-chef d'un hôpital alors que celui-ci conserve une indépendance totale dans l'exercice de sa profession.

En revanche, nous ne voyons aucune raison d'engager la responsabilité d'un particulier, personne physique ou morale, quelle qu'elle soit, du fait de l'activité d'un de ses collaborateurs sur lequel il n'a pas la moindre autorité, alors bien entendu qu'il ne s'est pas engagé envers la victime à lui procurer, sans qu'elle s'en préoccupe par elle-même, l'activité de ce collaborateur.

Pour en revenir au problème de la responsabilité des entreprises du fait du médecin du travail, nous en arrivons à conclure à l'irresponsabilité de ces entreprises tant sur le plan contractuel que délictuel. Nous ajouterons même que sur le plan délictuel, en dehors de ce que nous ne pouvons admettre que l'entreprise puisse être commettant du médecin, nous pensons qu'il est équitable qu'elle soit plus inquiétée à partir du moment où, *personnellement*, elle a satisfait aux exigences de la loi en mettant tout en œuvre pour que le médecin du travail puisse exercer sa mission dans les meilleures conditions : celles prévues par la loi.

Il ne nous échappe pas qu'il y ait un grave inconvénient à ce que le médecin du travail réponde, seul, de son activité. Ce n'est un mystère pour personne que sa rémunération est beaucoup plus modeste que celle d'un confrère qui pratique la médecine curative, en secteur libre, même après avoir passé, avec un tiers, confrère ou centre de soins, un contrat d'entreprise.

Aussi sa responsabilité risque-t-elle d'être disproportionnée par rapport au profit qu'il tire de son activité. Disons que ce médecin aurait la responsabilité d'un membre d'une profession libérale avec un émolument de fonctionnaire. Or, cet état de choses peut placer la victime face à la quasi-insolvabilité de l'auteur du dommage qui n'aura même pas été en mesure de contracter une assurance solide.

Pour notre part, nous tendons à penser que, dans l'avenir, ce médecin spécialisé qui exécute une mission d'intérêt général, imposée par les pouvoirs publics, devrait être considéré comme un agent public ou, au moins, un collaborateur des pouvoirs publics (308) et que c'est

---

(308) Cette *collaboration* du médecin du travail avec les pouvoirs publics paraît, d'ailleurs, être bien davantage dans la conception du Code de Déontologie Médicale

la responsabilité de la puissance publique qu'il devrait engager par son activité. La communauté nationale, en la personne de ses représentants, a jugé bon d'imposer un contrôle médical à ses membres dans certaines circonstances et sous certaines formes (309) : une fois encore, en cas de dommage causé à l'un d'entre eux, la solidarité de tous devrait jouer (310).

Le décret du 21 octobre 1953, modifiant celui du 27 novembre 1952, portant application de la loi du 11 octobre 1946, dispose que, dans certains cas, les établissements devront s'assurer à temps complet le concours d'infirmières ou d'infirmiers diplômés d'Etat ou ayant l'autorisation d'exercer.

Il est bien certain que pour ces personnes, il n'y a, en principe, pas de difficulté à les reconnaître, au même titre que les autres employés, préposés de l'établissement où elles exercent, et non bien sûr, du médecin du travail qu'elles n'assistent, éventuellement, qu'en exerçant les fonctions auxquelles l'entreprise les emploie (311).

Nous disons bien « en principe », parce qu'en réalité une telle solution ne nous satisfait guère ; l'entreprise n'emploie ce personnel infirmier que contrainte et forcée.

On peut s'étonner d'une telle objection et constater que le fait, pour l'entreprise, d'engager une infirmière en exécution d'une obligation légale, ne transforme pas les éléments constitutifs du lien de préposition : qu'en particulier, et c'est essentiel, l'entreprise a le droit de donner des ordres et directives à l'infirmière comme à n'importe quel autre de ses préposés. Nous ne nions pas la valeur de ces arguments. Mais ce n'est pas tant, à nos yeux, les éléments constitutifs du lien de préposition qui nous semblent atteints par le fait que l'infirmière est imposée à l'entreprise, c'est la finalité de la responsabilité du fait d'autrui — sans faute

---

que la conclusion, par un médecin, d'un contrat de *travail* avec une entreprise. V. art. 47 : « Il est du devoir du médecin, compte tenu de son âge, de son état de santé et de son éventuelle spécialisation, de *prêter son concours à l'action entreprise par les autorités compétentes en vue de la protection de la santé et de l'organisation de la permanence des soins là où elle est nécessaire et possible.* »

(309) Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que tout service médical du travail doit être agréé par le Ministre du Travail ou par son délégué et qu'une fois agréé ce service fonctionne sous le contrôle de l'inspection du travail.

(310) On peut objecter à cette suggestion qu'elle implique, ce qui est aberrant, la fonctionnarisation des médecins du secteur libre, relativement aux vaccinations qu'ils effectuent sur des clients qui y sont légalement soumis, et cela en tant qu'exécutants d'une mission d'intérêt général imposée par les pouvoirs publics. Nous ne pensons pas que l'objection puisse être valable parce que lorsque les médecins du secteur libre pratiquent des vaccinations obligatoires, ils le font uniquement parce que la loi a laissé, aux personnes qu'elle soumet à la vaccination, le choix du praticien. La loi a imposé une mesure de prophylaxie, elle n'en a nullement imposé le mode d'exécution.

Il en est tout différemment dans le domaine du droit du travail où le travailleur doit se soumettre à l'examen d'un médecin spécialisé du travail, choisi par son employeur dans des conditions prévues par la loi.

(311) V. *supra*, p. 125.

personnelle — de l'article 1384, alinéa 5, telle que nous l'avons conçue (312), à savoir rendre responsable celui qui doit garantir la tâche à laquelle il préside.

Or, l'entreprise ne préside pas, de sa propre initiative, à l'organisation du service médical ; sur le plan *purement économique* — le XIX^e^ siècle ne l'a hélas ! que trop prouvé — l'entreprise peut être très prospère, la tâche que son chef a assumée pleinement accomplie, sans que la santé des employés soit l'objet du moindre contrôle, de la moindre mesure de prophylaxie ou de dépistage. Il serait donc contraire à la réalité des faits de dire que l'exploitant de l'entreprise doit répondre de l'infirmière du travail en tant que chef qui doit garantir la tâche à laquelle il préside, donc en vertu de l'article 1384, alinéa 5 du Code Civil (313).

En revanche, nous croyons, pour notre part, que, dans le cadre d'une intégration de la médecine du travail dans le secteur public, il serait bon que les infirmiers et infirmières du travail deviennent, au même titre que le médecin du travail, des agents publics.

Avant la loi de 1946, un certain nombre d'entreprises avait pris l'initiative d'organiser une médecine préventive et de contrôle, que le législateur leur a, implicitement ou explicitement, permis de conserver temporairement en ne les incluant pas dans le cadre des entreprises soumises à la législation de la médecine du travail (314). Quelle peut être la responsabilité de ces entreprises du fait de leur médecin ou de leur personnel infirmier ?

Nous pensons que c'est la responsabilité contractuelle que nous reconnaissons à ces entreprises, lorsqu'elles *exigent* des contrôles ou mesures complémentaires de celles de la médecine du travail (315) ; elle doit être engagée pour les mêmes raisons. Cette responsabilité compense, d'ailleurs, pour l'employé la garantie que lui aurait donné l'exacte conformité du service médical aux prescriptions de détail de la loi de 1946.

Avec la médecine du travail, nous avons envisagé un service médical, exclusivement préventif. Or, si certaines entreprises, avant la loi de 1946, avaient institué un service médical de contrôle et préventif, souvent à côté de ce service, ou intimement mêlé à lui, elles avaient

---

(312) V. *supra*, p. 20.

(313) Notons que, dans la mesure où l'on admettrait avec nous que médecins et infirmiers du travail ne sont pas les préposés de l'employeur, la victime d'un accident du travail résultant de leur activité pourrait les poursuivre comme tiers responsables en vertu et dans les conditions de l'article 470 du Code de la Sécurité Sociale. V. *supra*, p. 111 et surtout note 242.

(314) V. à ce sujet l'étude du Dr Gignoux sur les « Problèmes médico-légaux posés par la médecine du travail » (à paraître) ; en particulier celui de savoir si le fait de dispenser dans un Service Médical d'entreprise, des actes médicaux rentrant plus ou moins dans le cadre de la médecine de soins constitue une atteinte au principe du libre choix du médecin par le malade.

(315) Cf. *supra*, pp. 145 et 146.

organisé également un service médical curatif gratuit, tous services que certaines d'entre elles ont conservés après l'organisation de la médecine du travail, ce fut, par exemple, le cas de la S.N.C.F. (316).

Quelle peut être la responsabilité d'une entreprise du fait des médecins agréés par sa caisse de prévoyance et auxquels ses employés doivent obligatoirement avoir recours s'ils veulent bénéficier d'un régime des soins gratuits prévu par cette entreprise ?

Nous nous demandons si cette responsabilité n'est pas, cette fois-ci encore, contractuelle. En effet, lorsqu'une telle entreprise a conclu avec un employé un contrat de travail, son engagement principal a, certes, consisté, comme pour toute entreprise, à rémunérer en espèces le travail fourni par l'employé ; mais ne peut-on considérer qu'en proposant à cet employé une médecine gratuite intérieure à l'entreprise, l'employeur a, en quelque sorte, offert au postulant une prestation en nature qui viendrait compléter son salaire ? Dans ces conditions, cette prestation ne peut être que d'une qualité normale, ce qui revient à dire que l'entreprise s'engage à fournir les soins d'un médecin consciencieux et au courant des dernières données scientifiques. Par conséquent, si l'activité de ce médecin révèle qu'il ne présente pas ces qualités, la responsabilité contractuelle de l'entreprise doit être engagée.

Il peut paraître choquant d'assortir une initiative aussi généreuse d'une responsabilité aussi rigoureuse. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'une telle initiative est de nature à orienter, vers l'entreprise qui en est l'auteur, un plus grand nombre de personnes en quête de travail et qu'il faut protéger celles-ci, soit d'un avantage illusoire, soit, ce qui serait plus grave, des dommages que pourrait leur causer l'activité d'un médecin sans compétence et peut-être engagé au rabais par l'entreprise.

---

(316) Sur le rôle du médecin de la S.N.C.F., voir Paris, 1re Ch., 5 déc. 1959, J.C.P., 1960.2.11.489 et note Savatier.

Chapitre Cinquième

RESPONSABILITÉ DES COMPAGNIES DE NAVIGATION ET DES COMPAGNIES AÉRIENNES DU FAIT DE LEUR MÉDECINS ET DE TOUT LE PERSONNEL SOIGNANT

Les voyages maritimes et les voyages aériens différant par leur nature et leur durée, l'organisation des soins n'est pas prévue et exercée de la même façon à bord des bateaux et à bord des avions. Aussi, étudierons-nous séparément la responsabilité des compagnies de navigation et celle des compagnies aériennes.

Section Première

RESPONSABILITE DES COMPAGNIES DE NAVIGATION

L'article 1 du décret relatif au service médical et sanitaire à bord des navires de commerce, de pêche et de plaisance (317) dispose que « Tout navire dont l'effectif, équipage et passagers réunis, atteint le chiffre de cent personnes et qui effectue soit une traversée dont la durée normale dépasse quarante-huit heures, soit des traversées successives dont la durée dépasse sept jours, doit avoir à bord un docteur en médecine de nationalité française... »

Y a-t-il responsabilité de la compagnie maritime (318) du fait de l'activité médicale de ce médecin de bord ? Et dans l'affirmative, quelle en est la nature ?

Peut-il y avoir, par exemple, responsabilité contractuelle de la

---

(317) Décret n° 61.795 du 24 juillet 1961. (*J.O.* 28 juillet 1961), précédé d'autres décrets de même inspiration.

(318) Nous appellerons ainsi pour plus de commodité tout armateur ou affréteur exploitant d'un bâtiment rentrant dans le cadre des dispositions du décret du 24 juillet 1961.

compagnie ? Pour répondre à cette question, il faut savoir si la compagnie s'est engagée vis-à-vis des passagers ou de son équipage à leur fournir, éventuellement, les soins d'un médecin compétent et consciencieux.

Nous avons vu, lorsque nous avons étudié la responsabilité des entreprises du fait du médecin du travail, qu'à nos yeux l'activité de ce médecin n'était pas une prestation à laquelle se serait engagée l'entreprise envers ses employés (319).

Or, dans le domaine du service médical à bord des navires, nous trouvons la même situation juridique que dans le domaine de la médecine du travail, à savoir qu'un médecin doit, sous certaines conditions, être, de par la loi, obligatoirement en mesure d'exercer son art sur le bateau ; nous pensons donc, pour les mêmes raisons que nous avons exposées à propos de la médecine du travail, que la compagnie ne s'engage nullement par contrat à fournir des soins médicaux à son équipage ou aux passagers qui pourraient en éprouver le besoin.

Cette opinion est, d'ailleurs, corroborée par l'examen d'un billet de passage d'une grande compagnie. On peut lire, en effet, sur celui délivré aux passagers par la Compagnie des Messageries Maritimes :

« Article 7. — Les personnes dangereusement malades ou affectées de maladies contagieuses, ainsi que celles en état de démence, ne peuvent être reçues comme passagers. Dans le cas où, en cours de voyage, le médecin de bord reconnaîtrait qu'un passager est dans l'impossibilité de continuer son voyage, ce passager serait débarqué à ses frais au premier port où le navire ferait escale... » Ainsi, il semble bien que la Compagnie désire limiter au maximum le champ d'activité de son médecin de bord et, par là même, la portée du décret qui le lui impose. Une telle attitude implique, à notre avis, que l'activité du médecin de bord ne peut pas, raisonnablement, être comprise dans les prestations que la Compagnie maritime assume, volontairement, à l'égard des passagers.

De même, il n'apparaît pas qu'à l'égard de l'équipage, la compagnie s'engage personnellement à fournir les soins et le contrôle d'un médecin.

Il n'est donc pas possible de dire que la Compagnie de navigation est contractuellement responsable de son médecin de bord.

En est-elle responsable délictuellement ?

Nous l'avons dit, la médecine à bord a la même origine légale, donc obligatoire, que la médecine du travail. Aussi, arriverons-nous, à propos de la première, à la conclusion à laquelle nous avons abouti à propos de la seconde, et pour les mêmes motifs (320) : comme l'entreprise, la compagnie de navigation ne peut être délictuellement responsable sur la base de l'article 1384, alinéa 5 du Code Civil, d'un médecin dont

---

(319) Cf. *supra*, p. 144 et s.

(320) V. *supra*, p. 146 et s.

l'indépendance est intangible sur le plan déontologique (321) — ce qui est incompatible avec le rôle de préposé — et dont la présence est imposée par les pouvoirs publics et non provoquée ou utilisée par l'entreprise ou la compagnie de navigation dans un but personnel.

Il faut reconnaître, à la grande satisfaction des compagnies de navigation et de leur clientèle, qu'il est assez rare que des litiges s'élèvent à propos de l'activité du médecin de bord, alors pourtant que celle-ci est beaucoup plus intense qu'on ne pourrait le croire (322). Nous signalerons, néanmoins, l'un d'eux, tout récent, qui n'a pas donné lieu à une décision des tribunaux, mais à une transaction entre le passager victime de la négligence du médecin et la compagnie de navigation (323). Par le fait de la désinvolture persistante du médecin d'un navire, une enfant, qui s'était pris le pouce dans une porte de la salle de jeux du bateau, avait dû supporter d'assez longues souffrances et subir une opération immédiatement après son débarquement, préjudice qu'un praticien consciencieux aurait pu lui éviter. Le père de l'enfant avait demandé à la compagnie de navigation réparation des frais que l'incurie de ce médecin lui avait occasionnés. Les Messageries Maritimes acceptèrent de transiger en raison de la « modicité de la réclamation » formulée par le père de l'enfant et de la nécessité d'éviter qu'une affaire de cette sorte, pouvant mettre en cause la responsabilité d'un de (leurs) médecins, ne soit portée en justice. Mais elles se défendaient de répondre en droit de l'activité de leur médecin de bord à qui elles ne pouvaient donner aucun ordre et qu'elles n'engageaient que sur titre délivré, non par elle, mais par l'Etat.

A notre avis, si l'on s'en était tenu à la stricte application des principes juridiques dans l'interprétation que nous en suggérons, les Messageries Maritimes n'avaient à répondre de ce médecin, ni sur le plan contractuel, ni sur le plan délictuel. Elles auraient pu seulement répondre, personnellement, et sur le plan délictuel de leur choix si elles avaient choisi, comme médecin de bord, un médecin dépourvu des

---

(321) V. en sens contraire le jugement du Trib. civ. Marseille, 1re Ch., 10 fév. 1938, *Gaz. Pal.* 1.926 qui invoque une jurisprudence constante mais ancienne et affirme péremptoirement que le médecin de bord est dans un état complet de subordination vis-à-vis de la Compagnie, au moins sur le plan extramédical. Cette opinion nous paraît discutable car, contrairement au médecin du travail, le médecin de bord est ppelé à exercer une médecine non préventive mais curative qui ne souffe aucun ordr ni aucune directive, même sur le plan administratif (Cf. *supra*, note 260).

Il n'est pourtant pas contestable, il est vrai, que le Règlement des Bords des Messageries Maritimes dispose, en son titre I, Ch. XI, Section II, art. 468 : « Le médecin est placé à la tête du service médical. Il reçoit ses ordres directement du capitaine et, en l'absence de celui-ci, du second capitaine agissant pour le capitaine. » Cette règle intérieure de la Compagnie nous paraît en complète contradiction avec l'article 9 que nous avons souvent cité du Code de Déontologie Médicale, qui prescrit l'indépendance totale des membres du corps médical.

(322) Cf. Petite Histoire des Médecins de Paquebots in *Courrier des Messageries Maritimes*, nov.-déc. 1961.

(323) Dossier obligeamment communiqué par le Service du Contentieux des Messageries Maritimes.

diplômes requis pour exercer une telle fonction ou si elles n'avaient pas mis ce médecin en mesure d'exercer correctement sa mission (324). Il est bien certain, en revanche, que le médecin était responsable, à notre avis, délictuellement, de son comportement. On ne peut parler de contrat médical là où il n'y a pas libre choix du praticien.

L'article 6 du décret précité, relatif au service médical et sanitaire à bord des navires de commerce, de pêche et de plaisance, dispose que « sur les navires ne comportant pas de médecin, il appartient au *capitaine* d'assurer les soins aux malades et aux blessés ».

La compagnie est-elle responsable du capitaine lorsqu'il exerce une activité « médicale » ?

Le capitaine, malgré son grade élevé, peut être considéré comme un préposé lorsqu'il est dans l'exercice normal de ses fonctions. En effet, nous l'avons déjà dit, une telle qualification n'est pas incompatible avec le caractère socialement élevé d'une fonction mais avec l'indépendance absolue que sa pratique peut, éventuellement, exiger. Or, il est évident que le capitaine peut et doit se soumettre aux ordres de la compagnie, au moins en ce qui concerne les grandes lignes de sa tâche : le trajet à suivre, les escales à respecter, par exemple, sinon en ce qui concerne les manœuvres à opérer en cas de difficultés. D'ailleurs en ce cas, si « le capitaine est seul maître à bord après Dieu », ce n'est pas tant à l'égard de la compagnie qui, souvent, ignore les circonstances, qu'à l'égard de l'équipage et des passagers.

Le capitaine est-il encore le préposé de la compagnie lorsqu'il joue le rôle de médecin de bord, rôle prévu et imposé par la loi ?

Il faut, à notre avis, répondre par l'affimative. Le capitaine joue, certes, un rôle prévu et imposé par la loi, mais il le joue, presque, en profane, avec hésitation, guidé par les directives données dans certains cas graves, d'heure en heure, par une Compagnie radio-maritime spécialisée à laquelle il signale avec précision les symptômes que présente le malade (325). Le capitaine donnant des soins à bord ne cesse pas d'être le capitaine de la compagnie pour devenir un spécialiste dont l'efficacité exige une totale indépendance (326). Il est, au contraire, moins auto-

---

(324) V. art. 2, décret n° 61.795 du 24 juillet 1961, précité.

(325) Il est très intéressant de prendre connaissance, sur le registre tenu par le capitaine, de l'échange de radio-télégrammes extrêmement détaillés, entre le capitaine et le conseiller médical de la Compagnie radio-maritime. Il semble, à ce sujet, que dans la mesure où les conseils donnés par ce service radio seraient, eu égard aux symptômes correctement décrits par le capitaine, parfaitement erronés, le médecin de cette compagnie radio devrait être déclaré responsable du préjudice subi par le malade.

(326) En ce sens, un arrêt de la Cour de Cassation du 21 juin 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.2.721 qui déclare que les *soins*, qu'en l'absence d'un médecin, le capitaine est tenu par les règlements de donner aux passagers à bord de son navire, *rentrent dans les faits* prévus par les articles 216 et 224 du Code de Commerce qui prévoient la responsabilité du propriétaire du navire, du fait du capitaine, pour ce qui est relatif « *au navire et à l'expédition* ».

nome, en fait, que dans l'exercice de ses fonctions habituelles, comme tous ceux qui n'ont pas la compétence suffisante pour agir seuls.

Il nous semble, contrairement à l'opinion de l'arrêt de la Cour Suprême du 21 juin 1938, cité en note, que, seule, une faute lourde du capitaine, sur le plan strictement médical s'entend, puisse engager la responsabilité de ce capitaine et celle de la compagnie en sa qualité de commettante. On ne peut, raisonnablement, exiger qu'un marin, même de haut grade, prodigue des soins aussi éclairés et conformes aux données acquises de la science qu'un médecin moyen placé dans les mêmes circonstances.

L'article 3 du décret du 24 juillet 1961 prévoit que, dans certaines conditions, le médecin de bord doit être assisté « d'une personne exclusivement *affectée au service médical* ». Qui va être le commettant de cette personne, telle est la question qui se pose, puisque la responsabilité contractuelle de la compagnie ne peut être sérieusement envisagée, nous l'avons vu.

En principe l'on peut dire, sans hésiter, étant donné les conclusions auxquelles nous sommes arrivés précédemment, que c'est la compagnie qui est commettante, que le personnel infirmier du bateau en exécutant les ordres du médecin ne fait qu'accomplir les fonctions auxquelles la compagnie l'emploie (327).

Et cependant, devant cette solution si simple, nous hésitons, une fois encore, comme nous l'avons fait au sujet du personnel infirmier de la médecine du travail (328), et cela parce que la compagnie, comme l'entreprise dans le domaine de la médecine du travail, n'emploie le personnel infirmier que par pure obligation légale. Pas plus que l'entreprise pour la médecine du travail, la compagnie ne préside, de sa propre initiative, à l'organisation du service médical à bord. Certes, elle organise un voyage et doit assurer la sécurité des passagers, mais cela, dans le sens qu'elle ne doit leur créer aucun préjudice par le fait de son matériel ou de son personnel, non en ce qu'elle doit leur assurer les soins que peut nécessiter leur santé au cours du voyage. Cette prestation médicale que la loi a jugée, avec raison d'ailleurs, devoir être fournie par la compagnie de navigation, constitue une mesure d'inspiration humanitaire et sociale très louable, mais ne peut raisonnablement être considérée comme un élément accessoire de l'organisation d'un voyage.

On ne peut donc pas dire que la compagnie doive répondre du personnel infirmier des bateaux, en tant que chef responsable de la tâche à laquelle elle préside, parce que sa tâche, justement, ne comporte pas l'organisation d'un service médical à bord. Ce service médical est adjoint à l'équipage, *de par la loi.*

Nous ne sommes pas ici, encore, sans méconnaître les graves conséquences qu'une telle conception de la responsabilité des compagnies de

---

(327) Cf. *supra*, p. 125.
(328) Cf. *supra*, p. 152.

navigation, du fait du service médical à bord, peut entraîner, notamment le risque pour les victimes de ne trouver en face d'elles qu'un médecin ou un personnel infirmier insolvable ou au moins incapable de leur verser des indemnités, parfois considérables.

Aussi, nous nous demandons si, comme les médecins et infirmiers du travail, mais dans un cadre tout différent, les médecins et infirmiers de bord s'employant à l'exécution de prescriptions légales, à finalité sociale assez marquée, ne devraient pas, à l'avenir, relever des services publics de la marine marchande et, en tant qu'agents publics, engager par leur activité la responsabilité de l'Etat (329).

La fréquence de plus en plus grande des voyages maritimes et la démocratisation constante de ce mode de transport permettent, à notre sens, de considérer que la médecine à bord des bateaux n'est plus une affaire qui ne concernerait que les compagnies de navigation et les favorisés de la fortune que seraient leurs clients, mais une préoccupation de la communauté nationale tout entière, dont presque tous les membres sont un jour ou l'autre appelés à voyager par mer.

Section Deuxième

RESPONSABILITE DES COMPAGNIES AERIENNES

Aucun texte parallèle au décret du 24 juillet 1961, relatif à l'exercice de la médecine à bord des navires, n'existe dans le domaine des transports aériens. Mais un arrêté pris, conjointement, par le Ministre des Transports et par le Ministre des Armées, le 24 mai 1955 (330), subordonne, désormais, l'exercice des fonctions de personnel complémentaire de bord (hôtesse, steward) à l'obtention préalable d'un Certificat de Sécurité et de Sauvetage. La mise en pratique de l'enseignement, sanctionné par ce diplôme, peut comporter, de la part des hôtesses ou des stewards, l'accomplissement, à bord des aéronefs, d'actes médicaux (331).

---

(329) Le médecin du navire, dès à présent, accomplit des tâches qu'à défaut de lui accomplirait un médecin désigné par l'autorité maritime, donc collaborateur du service public puisque l'inscription d'un marin au rôle d'équipage d'un navire de plus de 25 tonneaux faisant, habituellement, des sorties en mer de plus de 72 heures, est subordonnée à une visite médicale passée, aux frais de l'armateur, par le médecin du navire ou, à défaut de médecin à bord, *par un médecin désigné par l'autorité maritime* et établissant que l'embarquement du marin ne présente aucun danger pour sa santé ou pour celle de l'équipage. Encyclopédie Dalloz. Droit Social, v. Médecine du Travail, n° 12.

(330) *J.O.* du 1er juin et rectificatif du 5 juin 1955.

(331) V. consultation du Dr Gignoux sur « L'autorisation susceptible d'être donnée au personnel complémentaire de bord de délivrer des médicaments et de donner des soins aux passagers à bord des avions. » (à paraître).

La Compagnie aérienne est-elle responsable des actes médicaux ainsi exécutés ?

Elle l'est, à notre avis. Non point sur le plan contractuel car, pas davantage qu'une compagnie de navigation, une compagnie aérienne ne s'engage à soigner les pasagers à bord. Mais bien sur le plan délictuel, en application de l'article 1384, alinéa 5 du Code Civil, car il est bien certain que les hôtesses et stewards sont les préposés de la compagnie, même lorsqu'ils accomplissent des actes médicaux, actes tout à fait accessoires à leurs fonctions ordinaires et ne nécessitant aucune indépendance.

Hôtesses et stewards, lorsqu'ils accomplissent des actes médicaux, sont dans la même situation que le capitaine du navire lorsqu'il en accomplit. Tous restent des préposés : l'exercice occasionnel d'une fonction imposée par la loi ne peut arriver à rompre le lien de préposition qui les unit à leur compagnie car celle-ci les emploie *essentiellement* afin qu'ils exécutent une tâche à laquelle elle préside.

Réflexions générales sur la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui dans le secteur privé.

Trois aspirations nous ont, en fait, guidé dans la détermination de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui dans le secteur privé, trois aspirations que nous croyons devoir mettre en relief, ici, car elles seules expliquent certaines positions que nous nous sommes, parfois, décidé à prendre en marge de la doctrine et de la jurisprudence classiques.

Tout d'abord, nous avons souhaité que soient respectés, d'une part, le cadre dans lequel doivent fonctionner, de toute évidence, aux yeux de leurs créateurs, les mécanismes de la responsabilité civile du fait d'autrui, d'autre part, la finalité en vue de laquelle ces mécanismes ont été institués.

C'est ainsi que nous avons tenu à maintenir l'article 1384, alinéa 5 du Code Civil dans le domaine délictuel qui est le sien et à écarter son application des situations contractuelles.

C'est ainsi encore que, sur le plan délictuel, nous n'avons pas pu nous résoudre à engager la responsabilité du fait d'autrui, prévue par cet article, soit de celui qui n'a aucune autorité sur autrui, soit de celui qui n'a autorité sur autrui que par une sorte de délégation des pouvoirs publics en vue de l'accomplissement d'une tâche dont il n'a pas pris, personnellement, l'initiative.

Ensuite, nous avons songé à ce que, dans ce respect du cadre et de la finalité des principes de la responsabilité du fait d'autrui, soit assurée, au maximum, l'indemnisation des personnes victimes d'une activité médicale, compte tenu de la gravité particulière du préjudice qu'elles ont souvent subi, compte tenu, également, de l'abdication de volonté, presque totale et inévitable, que leur préoccupation ou celle de leur

entourage les conduit à faire entre les mains de ceux dont elles attendent, sinon toujours le retour à la santé, du moins le soulagement de leurs souffrances.

C'est ainsi que nous avons essayé d'analyser — dans une optique que l'on pourra peut-être discuter, mais qui, à notre sens, reflète en réalité les situations de fait les plus courantes — le contenu des obligations assumées, donc à accomplir, par les diverses personnes auxquelles un malade ou un blessé peut se confier.

C'est ainsi que, considérant le risque de ne pas être indemnisées que couraient les victimes d'un certain type d'activité médicale, du fait de ce que nous avons pensé être l'exacte application des règles juridiques, nous nous sommes demandé si la puissance publique ne devait pas répondre du dommage causé à ces victimes, au cours de pratiques préventives ou curatives dont le principe, ou au moins les modalités, leur avaient été imposés par la loi.

Enfin, nous avons estimé que les deux objectifs essentiels que nous avions visés, à savoir respect des mécanismes juridiques assurant la meilleure garantie contre l'arbitraire et protection des victimes éventuelles de la pratique médicale, ne devaient en rien masquer l'impérieuse nécessité de préserver le caractère libéral de la profession médicale. Et lorsque nous employons les termes de « caractère libéral », nous ne les opposons pas tant à celui de « fonctionnarisation », laquelle, intelligemment comprise, peut, sans nul doute, concilier le bien-être du malade ou du blessé et la dignité de l'art médical, mais aux termes de « dépendance néfaste ».

Le médecin doit être et rester « libre » ; en ce sens que son diagnostic et sa thérapeutique ne doivent dépendre que de sa science et de sa conscience ; la médecine doit rester « libérale » en ce sens qu'elle ne doit jamais se pratiquer sous forme « d'entreprise de soins » dans laquelle la rentabilité serait l'impératif suprême, avec tout ce que le plein succès d'un tel programme exigerait comme mécanisation de l'activité humaine, comme soumission de tous les membres de l'« entreprise », quels qu'ils soient, à une planification qui serait élaborée, souvent au mépris de la dignité du médecin et des élémentaires conditions d'un exercice correct de l'art médical.

Médecins et juristes devraient, dans cette perspective, se dresser, ensemble, contre toute tentative qui tendrait à ce que l'article 9 du Code de Déontologie Médicale consacrant l'indépendance des praticiens devienne lettre morte.

Ainsi, ils ne devraient permettre, d'aucune façon, qu'un médecin soit considéré comme un préposé, car le permettre c'est favoriser une brèche dans le principe d'indépendance proclamé par cet article, c'est favoriser une atteinte au caractère libéral de la médecine.

Il n'y a, en définitive, qu'une alternative : un médecin doit exercer, en toute indépendance, sous sa seule responsabilité, ou il doit exercer, nous allons le voir, comme collaborateur de la puissance publique, sous la responsabilité de celle-ci, mais jamais dans la dépendance et sous la responsabilité d'autrui.

De telle sorte que si le développement de la « médecine d'équipe », dont nous avons parlé tout au début de notre étude (332), devait aboutir un jour à transformer les médecins en rouages d'une grande « usine de soins » où règnerait l'esprit de bureaucratie (333), mieux vaudrait, peut-être, pour eux et pour leurs patients, que cette « commercialisation » cède complètement la place à la « fonctionnarisation » de la médecine. Ce serait, certes, un mal si l'on se réfère à l'idéal libéral, au sens noble du terme, avec lequel la médecine devrait être exercée, idéal d'indépendance, de dévouement et de désintéressement spontanés, mais ce serait un moindre mal puisqu'il ferait échec à la réalité de la poursuite aveugle et effrénée du profit.

Nous allons étudier maintenant, à un moment d'ailleurs où le problème de la médecine de demain se pose au législateur avec une certaine acuité, ce que constitue, dès à présent, ce moindre mal et ce qu'il pourrait constituer à l'avenir, tout cela, bien entendu, dans le cadre de la responsabilité du fait d'autrui.

---

(332) Cf. *supra*, p. 9 et s.

(333) V. M. A. Mathiot « Bureaucratie et Démocratie » in *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, Fasc. n° 15.1961, p. 14 : « Loin de se limiter au domaine du gouvernement ou au secteur public, le phénomène bureaucratique se manifeste partout... Formalisme, superposition des contrôles, cloisonnement, transfert des responsabilités fleurissent parfois dans un climat dit de concurrence et de grand rendement, où le client est à peu près traité comme l'usager d'un service public et subit, au lieu de la loi de l'administration, celle de la libre entreprise. »

DEUXIEME PARTIE

RESPONSABILITE DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI DANS LE SECTEUR PUBLIC

Jusqu'à présent, le législateur n'a pas considéré que la médecine devait, dans un intérêt d'ordre public, constituer un monopole de l'Etat. Néanmoins, depuis longtemps déjà, la puissance publique a assuré un service de santé, placé à la pointe du progrès scientifique, en fait accessible à tous ceux qui le désirent et gratuit pour les indigents (334).

Par ailleurs, les citoyens sont contraints ou invités à se soumettre à l'examen de médecins collaborateurs des pouvoirs publics, tels que les médecins vaccinateurs, les médecins scolaires, les médecins experts près les tribunaux, ou peuvent se trouver soumis, en fait, au traitement des médecins experts en médicaments nouveaux, désignés par les pouvoirs publics.

Dans le cadre d'une étude sur la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui, se pose, tout naturellement, la question de savoir, d'une part quelle peut être la responsabilité de l'Etat et des collectivités publiques décentralisées, du fait des médecins, et du personnel infirmier qui participent au fonctionnement du service public de santé sous toutes les formes qu'il est amené à revêtir, hospitalière, préventive, voire judiciaire ou expérimentale, d'autre part ce qui, à côté de cette responsabilité de la puissance publique, peut subsister de la responsabilité des médecins du fait d'autrui.

Nous considérerons, successivement, les deux grands aspects du service public de santé hospitalier et extra-hospitalier et, guidé par la jurisprudence, nous étudierons la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui à laquelle leur fonctionnement donne lieu, suivant les distinctions que les tribunaux ont réussi à imposer.

C'est, bien entendu, le service public hospitalier qui, parce que son activité est la plus étendue, retiendra tout d'abord notre attention.

---

(334) Sur les conditions d'admission dans les hôpitaux et hospices, voir *Rep. de droit public et Adm.* (*Encyclopédie* Dalloz). V[is] : « hospices-hôpitaux », 52 et suivants.

TITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI DANS LE SERVICE PUBLIC DE SANTÉ HOSPITALIER

Parce qu'il s'agit pour nous d'étudier le droit positif constitué, en droit public, presque exclusivement par la jurisprudence, renforcée par la doctrine, nous ne pourrons pas envisager cette responsabilité sous les deux aspects qu'elle devrait, selon nous, revêtir, contractuel et extra-contractuel. En effet, dans leur grande majorité, ni la doctrine (335), ni les tribunaux, qu'ils soient de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, n'ont pensé qu'il puisse y avoir, entre la puissance publique et l'usager d'un service public, un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux, dont l'inexécution de la part de la puissance publique entraînerait sa responsabilité contractuelle à l'égard de la victime. L'usager du service public est, selon cette tendance classique, dans une situation réglementaire. Il se trouve placé dans le champ d'application du règlement qui régit le service.

Cependant, il faut signaler que l'existence d'un contrat a été, à propos de l'usager victime du service public hospitalier, envisagée par M. Flour (336), affirmé par une décision du Tribunal Civil de Colmar du 27 février 1951 (337), d'ailleurs critiquée (338), affirmée encore par deux notes de M. Savatier, l'une sous un arrêt de la Cour de Paris du 20 avril 1953 (339) dans laquelle cet auteur déclare : « usager d'un service public, c'est avec le service hospitalier que le malade contracte et se lie... Spécialement, si l'on voit dans la responsabilité médicale une responsabilité contractuelle, il ne faut pas oublier que *le contrat hospi-*

---

(335) V. Duguit : *Traité de Droit Constitutionnel*, 3e éd., t. II, La Théorie générale de l'Etat, p., 71 & s.

Hauriou : *Principes de Droit Public*, 1910, p. 94.

Jeze : *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 3e éd., p. 11 et s.

(336) In Rapports de commettant à préposé dans l'article 1384 du Code Civil, *Thèse*, Caen, 1933, p. 171, note 1.

(337) D. 1951. J. 374.

(378) Note anonyme sous l'arrêt — Auby et Drago : *Traité de Contentieux Administratif*. T. I, p. 383, note 12.

(339) J.C.P., 1953.I.7663.

talier est passé entre le service et le malade et que c'est le service et non le médecin-chef qui s'y engage pour ses auxiliaires », l'autre, sous un arrêt du Conseil d'Etat du 9 novembre 1959 (Sarotte) (340) dans laquelle l'on peut lire : « Nous pensons, au surplus, que le contrat médical dans les devoirs qu'il implique envers le malade n'est pas spécial à la médecine libre. *Les services hospitaliers eux-mêmes passent d'ordinaire un contrat.* Sans doute, celui-ci implique-t-il de la part des malades la soumission au règlement de l'hôpital. C'est un contrat d'adhésion. *Un tel contrat n'en existe pas moins entre l'hôpital d'une part et d'autre part le malade lui-même* qui recourt à ses soins ainsi que les organismes sociaux qui le lui confient. Dans ce contrat administratif (341), les règles d'humanisme nous paraissent imposer les mêmes garanties que dans les contrats de médecine libre, du moment que c'est toujours la santé d'un homme qui est en jeu (v. R. SAVATIER : *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, III, n° 345 et 413) ».

Il semble que cette optique reflète, d'autant plus, la véritable situation juridique de l'usager à l'égard du service public que, depuis l'époque où la doctrine classique s'est prononcée contre l'existence d'un contrat passé entre un usager et un service public « la conception de l'hôpital et de sa fonction dans la vie sociale s'est radicalement modifiée dans ces dernières décennies. L'hôpital n'est plus un établissement charitable destiné, uniquement, au soin des indigents ou des personnes malades ou accidentées sur la voie publique. C'est devenu un établissement mettant à la disposition de tous (avec toutefois une priorité pour les économiquement faibles et pour les urgences) un outillage coûteux et un personnel médical et chirurgical d'élite, c'est en deux mots une *clinique d'Etat* et une clinique modèle (ou qui, du moins, a l'ambition d'être telle) » (342).

On oppose généralement, et en un certain sens on a raison de le faire, le régime de l'hôpital à celui des « cliniques ouvertes » qui fonctionnent à l'intérieur de l'hôpital. Les personnes qui y ont recours ne sont pas les usagers d'un service public. Elles ont le libre choix du médecin, appartenant ou non au corps médical hospitalier, et fixent avec ce dernier, par entente directe, les honoraires. Le médecin librement

---

(340) J.C.P., 1959.2.11.342.

(341) Nous nous demandons s'il s'agit bien d'un contrat administratif et non pas plutôt d'un contrat de droit privé. En effet, d'une part ce contrat, puisqu'il est conclu avec un usager du service, ne concourt pas à assurer le fonctionnement dudit service, d'autre part, il ne contient, apparemment, aucune clause exorbitante du droit commun. Sans doute, l'établissement public hospitalier est-il de caractère administratif et non de caractère industriel et commercial, mais ce point nous paraît être sans influence sur la nature du contrat conclu avec l'usager du service.

(342) Note de M. Waline sous C.E., 3 déc. 1958 (*Boutin*), Revue de Droit Public, 1959, p. 756. Cf. aussi M. R. Savatier : « Les métamorphoses de la médecine hospitalière dans leurs modernes expressions juridiques », *Revue de droit Social*, 1962, p. 479. Il est à noter que M. Savatier admet, quoiqu'il en soit, l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle du service public. V. de même : Cass. Civ., 23 déc. 1952. *Gaz. Pal.*, 1953.1.234.

choisi par le malade doit donc répondre de toutes ses fautes dans les conditions du droit privé. Le Docteur Gignoux (343) estime que la responsabilité de l'hôpital devrait, logiquement, être recherchée devant les tribunaux judiciaires si une faute était relevée dans le fonctionnement de la clinique ouverte, comme s'il s'agissait d'une clinique privée. Nous approuvons totalement cette opinion.

Néanmoins, nous ne croyons pas, pour notre part, que l'existence d'un tel régime de droit privé, à l'intérieur de l'hôpital, puisse être considérée comme impliquant forcément un régime de droit public à l'égard des usagers de l'hôpital lui-même. Dans la clinique ouverte, il y a conclusion d'un contrat ordinaire de droit privé, entre le malade et le médecin d'une part, le malade et la clinique ouverte de l'autre ; dans l'hôpital il y a, à notre avis, conclusion d'un contrat d'adhésion, mais encore de droit privé, entre le service public hospitalier et l'usager.

La seule différence entre la clinique ouverte et l'hôpital ne réside-t-elle pas dans le libre choix du médecin qui est laissé à celui qui s'adresse à la clinique et qui n'est pas toujours laissé à l'usager du service hospitalier ?

Si la conception de la conclusion d'un contrat de droit privé, entre l'usager et le service public hospitalier, était un jour adoptée, la responsabilité de l'administration du fait du service public hospitalier n'en serait pas, certes, modifiée quant au nombre de personnes dont elle couvre l'activité, ce nombre étant maximum, nous allons le voir, dans la conception actuelle de la responsabilité extracontractuelle ; en revanche cette responsabilité serait engagée par une inexécution des engagements assumés par le service hospitalier, de quelque degré qu'elle soit et non pas seulement par une faute lourde dans l'accomplissement des « actes médicaux », comme nous allons le voir également dans l'étude de la responsabilité extracontractuelle.

Ainsi, le malade ou le blessé qui se confie, volontairement, au service public hospitalier aurait les mêmes chances de voir indemniser le préjudice qui lui aurait été causé dans l'exécution de ce service et cela, dans les mêmes proportions que le malade ou le blessé qui s'est adressé à des centres de soins privés, puisque les tribunaux judiciaires auraient statué dans l'un et l'autre cas. Un tel résultat issu, croyons-nous, d'une exacte application des principes selon lesquels les établissements publics, même de caractère strictement administratif, peuvent passer et passent, en réalité des contrats de droit privé, est loin d'être négligeable.

Cette remarque étant faite, et ce regret exprimé, nous étudierons la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique du fait du service public hospitalier telle qu'elle est déterminée par la jurisprudence.

---

(343) In La Responsabilité des médecins chirurgiens des hôpitaux publics d'après les principes du droit positif. La Presse Médicale, 4 mai 1957. *Supplément* au n° 36 ; v. sur les cliniques ouvertes, MM. Savatier, Auby & Pequignot, *op. cit.*, pp. 471-475-486.

Comme nous l'avons déjà vu, lorsque nous avons considéré la responsabilité de la puissance publique en droit commun (344), cette dernière est déclarée responsable de tous ceux qui collaborent avec elle mais sous certaines conditions.

Notre propos ne consistera donc pas tant à identifier les personnes qui engagent, dans le service hospitalier, la responsabilité de la puissance publique, mais à étudier les conditions dans lesquelles cette responsabilité est engagée et à savoir si certaines de ces personnes, certains des collaborateurs du service, peuvent également voir leur responsabilité personnelle mise en jeu, du fait de l'activité médicale d'autrui.

(344) V. *supra*, p. 31 et s.

Chapitre Premier

RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI DANS LE SERVICE HOSPITALIER

Si la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique couvre l'activité d'un nombre de personnes plus important que ne le fait, en droit privé, la responsabilité délictuelle du fait d'autrui puisqu'elle s'étend aussi bien à ceux qui lui sont reliés par ce que l'on peut qualifier de véritable lien de préposition qu'à ses simples collaborateurs (345), même occasionnels, en revanche, cette responsabilité n'est engagée que lorsque la faute commise par lesdites personnes revêt un certain degré de gravité qui varie avec les circonstances de temps, de lieu, avec les charges du service public et les ressources dont il dispose, la situation de la victime du dommage au regard du service public, la nature du service public auteur du dommage (346).

Quel est le degré exigé de la faute commise par le personnel hospitalier pour que la responsabilité du service soit engagée, et comment ce degré a-t-il été déterminé ?

***

Jusqu'à ce que le Tribunal des Conflits prononce les deux importantes décisions du 25 mars 1957 (347) retirant catégoriquement aux tribunaux judiciaires la compétence des actions en réparation d'un préjudice causé, par les fautes médicales des médecins hospitaliers, pour

---

(345) Cf. *supra*, p. 31.

(346) Duez : *La responsabilité de la Puissance Publique* (en dehors du contrat), p. 41 & s.

(347) Slimane Chilloux. J.C.P., 1957.2.10.004 et note Savatier. V. P. Fortunet : « La responsabilité des médecins des hôpitaux publics relève de la compétence de la juridiction administrative. » *Gaz. Pal.*, 11, 12, 13, 14 mai 1957. Les tribunaux judiciaires ont paru s'incliner ; v. Trib. Civ. Seine, 4 juin 1957. D. 1957. Somm. 129 ; Cass. Civ., 7 juil. 1960. *Gaz Pal.*, 12, 13, 14 oct. 1960. Cass. Civ., 11 juil. 1962. *Gaz. Pal.*, 31 oct., 1er et 2 nov. 1962. Cass. Ass. Plénière, 18 juin 1963. S. 1963.1.281 avec les conclusions de M. l'avocat général Lindon.

l'attribuer aux tribunaux administratifs, lesdits tribunaux judiciaires après avoir, à une époque, appliqué purement et simplement l'article 1384 du Code Civil à la responsabilité de la puissance publique du fait de ses collaborateurs (348), considéraient, dans leur grande majorité (349), sinon dans leur totalité (350), et à la différence des tribunaux administratifs, soit que les médecins et internes des hôpitaux n'étaient pas des agents publics, soit que l'étant, toute faute dans l'activité médicale du chef de service ou de ses assistants constituait une « faute détachable du service public » dont ceux-ci étaient chargés et qu'en conséquence l'examen de cette faute relevait de leur compétence.

Dans ces conditions, la responsabilité des médecins des hôpitaux — exclusive de celle des services publics — était appréciée sur la même base que celle du médecin privé (351).

La responsabilité de la puissance publique n'était retenue que pour les faits des membres du personnel hospitalier que leur état de subordination permettait, dans cette optique, de qualifier d'agents publics.

Nous ne nous étendrons pas sur les détails de cette jurisprudence ni outre mesure sur la discussion de son bien fondé, car il y aurait là une étude qui ne nous renseignerait guère sur l'actuelle responsabilité du fait d'autrui de la puissance publique, dans le service hospitalier. Nous nous bornerons à ces quelques réflexions indispensables :

Lorsque l'on admet que les juridictions administratives sont seules compétentes pour se prononcer sur la responsabilité des services publics du fait de leurs agents, ce qui est le cas, pour le moment (352), il est assez peu concevable de prétendre, comme le faisaient de très nombreux tribunaux judiciaires, pour soustraire l'activité des médecins des hôpi-

---

(348) Bordeaux, 6 fév. 1900. D. 1900.2.470 ; Dijon, 18 mars 1903. D. 1904.2.134 ; Bordeaux, 14 mars 1929, Rev. des Hôpitaux, 1930. J., p. 91.

(349) Req. 30 nov. 1938, D. 1939.1.49, note Savatier ; Paris, 5 mai 1942. *Gaz. Pal.*, 1942.2.13 (1er arrêt) ; Paris, 16 janv. 1950, D. 1950, J. 169 ; Nancy, 31 oct. 1951, D. 1952. Somm. 13 ; Paris, 20 avril 1953, D. 1953.394 et J.C.P. 1953.1.7663, note Savatier ; Trib. Civ. Seine, 23 juin 1953. *Gaz. Pal.* 3, 4, 5, 6 oct. 1953 ; Cass. Civ., 9 oct. 1956, J.C.P., 1956.2.9562. Sur cet arrêt v. Me Fortunet : « La Responsabilité des médecins des Hôpitaux publics relève-t-elle de la compétence de la juridiction administrative ou des tribunaux judiciaires ? » *Gaz. Pal.* 9, 10, 11 déc. 1956 ; Cass. Civ., 15 janv. 1957, J.C.P., 1957.2.9827, note Savatier.

(350) Contra : notamment Cass. Civ., 19 mars 1935, S. 1935.1.138 ; Cass. civ., 23 déc. 1952. *Gaz. Pal.*, 1953.1.234 ; Trib. civ., Lille, 15 juil. 1953. D. 1953.762.

(354) Sur cette question, v. Dr Gignoux : Responsabilité des médecins et chirurgiens des hôpitaux publics d'après les tribunaux judiciaires. Presse médicale, 16 mars 1957. Suppl. au n° 22.

(Article antérieur à l'arrêt du T. C. du 25 mars 1957).

(352) Une brèche dans ce principe, commence à être tentée par la doctrine. V. en ce sens M. Liet-Veaux dans une note intitulée « Compétence administrative et responsabilité des services hospitaliers » sous les arrêts du T.C. 25 mars 1957 (Rev. Adm. 1957, p. 247) et a été réalisée par le législateur, v. loi du 31 décembre 1957 qui fait relever de la compétence judiciaire les accidents causés par les véhicules administratifs.

taux à cette compétence, que ceux-ci, dans l'exercice de leur art, cessent d'être des agents de l'administration hospitalière.

En effet, l'origine et la formation du lien qui les rattache à l'Administration en font, sans conteste, des agents publics. Comme le remarquent MM. Savatier, Auby et Péquignot (353) ces médecins sont nommés par le préfet, participent à l'exécution d'un service public administratif et leur statut est fixé par un acte administratif sans intervention d'accords particuliers.

N'est-ce pas un paradoxe de dire, dans ces conditions, que lorsqu'en dehors de toute activité administrative, ces médecins pratiquent leur art, ils cessent d'être des agents publics, alors que l'Administration n'a eu recours à eux et n'en a fait ses agents que pour qu'ils exercent la médecine dans le cadre d'un service public par elle organisé ? (354)

Et c'est méconnaître dans sa complexité le fondement et les contours de la responsabilité des services publics que de tenir un tel propos sous le prétexte que les médecins des hôpitaux exercent leur profession dans la plus complète indépendance de droit et de fait, situation qui serait incompatible avec la qualité d'agent public (355).

Nous avons indiqué, lorsque nous avons envisagé la responsabilité publique en droit commun (356), comment la puissance publique répond de l'activité de tous ceux qui participent au fonctionnement d'un service public et comment cette participation englobe, à la fois, une notion analogue à celle de préposition en droit privé et — on l'a parfois oublié (357) — la notion de simple collaboration. Nous avons, par la suite, expliqué la raison pour laquelle, à notre avis, un collaborateur totalement indépendant dans l'exercice de son activité engage la responsabilité de l'Administration alors qu'il ne peut engager la responsabilité

---

(353) *Op. cit.*, p. 199. et v. aussi décret n° 60.1030 du 24 septembre 1960 (*J.O. du* 28 sept. 1960, p. 8803) portant statut du personnel enseignant et hospitalier des centres hospitaliers et universitaires, modifié par le décret n° 62.398 du 7 avril 1962 (*J.O.* 12 avril 1962, p. 3779). V. un commentaire de ce décret à la Revue de droit social 1962, p. 488 : « Les centres hospitaliers et universitaires et la réforme médicale » par MM. Ribas et Rougevin Baville.

Décret n° 61.946 du 24 août 1961 (*J.O.* du 26 août 1961, p. 8027) (*Bulletin législatif*, Dalloz 1961, p. 584) portant statut du personnel permanent et temporaire des centres hospitaliers régionaux et hôpitaux autres que ceux situés dans une ville de faculté ou école nationale de médecine.

(354) V. en ce sens la Chronique de P. Fortunet précitée.

(355) Cf. Prévot : *La Responsabilité des établissements publics hospitaliers*. Thèse, Strasbourg, 1937.

Cf. Benoit : La responsabilité du service et la responsabilité personnelle des agents non fonctionnaires des services publics hospitaliers et d'assistance, D. 1951. Chr., p. 49 et s.

(356) Cf. *supra*, p. 31.

(357) Trib. Civ. Seine, 1re Ch., 14 déc. 1920 (*Gaz. Pal.*, 9 janv. 1921).

P. Boudin : « Responsabilité professionnelle du corps médical et de l'administration des hôpitaux publics. » Sem. Jur., 1937-I-18.

Trib. Civ. Seine, 23 juin 1953. *Gaz. Pal.*, 3, 4, 5, 6 octobre 1953.

d'un particulier selon les modalités de l'article 1384 du Code Civil (358). Nous ne reviendrons donc pas sur ces points.

Nous nous contenterons de réaffirmer que les fautes commises par les médecins des hôpitaux ne doivent, en aucune façon, échapper au régime de la responsabilité de la puissance publique (359), donc, pour le moment, à la compétence des tribunaux administratifs (360), tant que l'on ne reconnaîtra pas, soit qu'à l'égard de la victime il y a lieu de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de droit privé de l'administration, soit que la responsabilité extracontractuelle de celle-ci doit relever des tribunaux de l'ordre judiciaire.

Il est bien certain que cette question de compétence, loin d'être accessoire au problème qui nous intéresse, a une influence déterminante sur les solutions qui lui sont apportées.

C'est ainsi qu'alors que les tribunaux judiciaires appréciaient la responsabilité, donc la faute des médecins des hôpitaux sur les mêmes bases que celle du médecin privé, les tribunaux administratifs sont très loin d'avoir une conception analogue (361) qui tendrait à reconnaître la responsabilité de l'Administration pour toute faute, même légère, du personnel hospitalier pourvu qu'elle soit caractérisée.

Le Conseil d'Etat exige, en fait, pour engager cette responsabilité, la preuve d'une faute lourde lorsqu'il s'agit d'un dommage commis à l'occasion d'un acte « médical » et se contente d'une faute simple lorsqu'il s'agit d'« actes de soins » ou d'« actes de fonctionnement » (362).

Nous écarterons de notre examen la responsabilité du service public hospitalier pour actes de fonctionnement car ceux-ci ne rentrent pas, à notre avis, dans le cadre de l'activité médicale d'autrui. Non pas, nous l'avons déjà dit, que nous considérions, avec certains, qu'un acte de

---

(358) Cf. *supra*, p. 148 et s.

(359) V. notamment en ce sens C.E., 26 avril 1963. D. 1963.597, note Lindon.

(360) Cf. la curieuse espèce de l'arrêt Civ., 5 mars 1963, Société le « Sou Médical » et autres où une exception d'incompétence du tribunal judiciaire était soulevée par un médecin assigné sur aggravation de l'état du malade, et où la Cour Suprême a décidé que l'exception ne pouvait être accueillie car l'autorité de la chose jugée s'attachait à la reconnaissance de compétence que le tribunal judiciaire avait faite lors de la première instance sur l'état originaire du préjudice.

(361) V. sur toute cette question Dr Gignoux : *La responsabilité des médecins et chirurgiens des hôpitaux* d'après les tribunaux administratifs. La Presse Médicale, le 13 avril 1957. Supplément au n° 30, p. 141. (Article antérieur dans sa rédaction à l'arrêt du T.C. du 25 mars 1957).

(362) C.E. 8 nov. 1935. Dame Vve Loiseau & Philipponeau. D. 1936.3.15, note Heilbronner

C.E. 12 fév. 1943. Cie d'Assurance La *Norwich Union*. Rec., p. 41.

C.E. 5 juil. 1946. Dougnac Rec., p. 194.

C.E. 17 fév. 1950. Dame Delacourt. Rec., p. 115.

C.E. 12 juin 1953. Dame Baty, D. 1954.129. Concl. Guionin.

C.E. 17 mai 1961. Cie d'Assurance Yorkshire. *Rev. Droit Public*, 1961, p. 130.

C.E. 5 oct. 1961. Adm. de l'Assistance Publique de Marseille. *Gaz. Pal.*, 7, 8, 9 fév. 1962.

Trib. Adm. Marseille, 7 fév. 1962. Sieur Laville, A.J.D.A. 1962.2, p. 323.

fonctionnement ne soit pas un acte d'autrui mais un « acte du service » car, pour nous, que l'auteur de l'acte reste anonyme comme dans la faute de fonctionnement, la faute dite du service, ou qu'il soit connu, il s'agit toujours de l'acte d'autrui (363). Mais si l'on distingue des « actes médicaux » et des « actes de soins », c'est que les « actes de fonctionnement » ne peuvent être qu'étrangers à toute activité médicale : on peut y voir soit la manipulation des appareils et de tous objets non destinés à l'exercice d'une activité médicale directe, tels que chariots, brancards, soit l'activité administrative telle la tenue des dossiers des malades, etc...

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, lorsque le Conseil d'Etat distingue les « actes médicaux » et les « actes de soins », cette juridiction n'oppose pas toujours l'activité du personnel hospitalier médecin à celle du personnel hospitalier non-médecin. Si bien qu'il est difficile de déterminer le passage des uns aux autres, la ligne de démarcation qui les sépare, si importante pourtant puisque d'elle dépend, parfois, l'indemnisation ou la non-indemnisation d'un préjudice.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 26 juin 1959 (364) est intéressant à étudier car il expose à la fois le principe de la distinction et la manière de le mettre en œuvre. On peut y lire, en effet :

« Considérant que si la responsabilité de l'administration hospitalière n'est susceptible d'être engagée que sur le fondement de la faute lourde en ce qui concerne les dommages corporels causés par les actes médicaux qui ne peuvent être exécutés que par un médecin ou un chirurgien ou par ceux qui ne peuvent être exécutés par un auxiliaire médical que sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin, dans des conditions qui lui permettent d'en contrôler l'exécution et d'intervenir à tout moment, ladite administration est responsable des conséquences dommageables des fautes, quel qu'en soit le degré, commises lors de la prestation de soins qui ne se rattachent pas aux catégories ci-dessus mentionnées, telles qu'elles ont été notamment définies par les articles 3 et 4 de l'arrêté du Ministre de la Santé publique et de la Population du 31 décembre 1947 » (365).

Voilà le principe déterminé, semble-t-il, avec précision et de façon définitive.

Avant de poursuivre notre lecture, essayons de comprendre les raisons qui ont conduit à le poser.

Peut-être dérive-t-il de cette conception dont nous avons parlé à propos de l'étendue de l'obligation contractée par le médecin à l'égard

---

(363) Cf. *supra*, p. 34 et s.

(364) Rouzet D. 1960, J. 112 avec une note remarquable sur la question, de M. Robert.

(365) V. sur la détermination de principe des « actes médicaux » et des « actes de soins ». Rev. de droit public 1961, p. 1068. Noter que l'arrêté susvisé a été remplacé par celui du 21 déc. 1960 d'une teneur à peu près semblable (art. 372 C. Santé publique) : lui-même remplacé par l'arrêté du 6 janvier 1962, précité.

du malade, consistant à apprécier la faute professionnelle — ici la faute du service public — avec une sévérité inversement proportionnelle au caractère difficile et aléatoire de l'activité pratiquée (366). Nous avons montré comment la majorité de la doctrine et de la jurisprudence tend à faire justice d'une telle opinion, en matière de responsabilité médicale de droit privé. Mais il est bien évident que nous ne pouvons nous fonder sur les arguments que nous avions invoqués à leur appui, dans un cadre contractuel de droit privé, à propos de la responsabilité de la puissance publique à l'égard des usagers victimes de l'activité d'un service public, responsabilité que l'on a située dans un cadre extracontractuel de droit public.

Nous plaçant sur ce terrain, nous ne pouvons néanmoins nous empêcher de regretter l'arbitraire et l'iniquité qu'il y a à laisser sans réparation le préjudice causé à un usager par la faute légère d'un agent du service public hospitalier, accomplissant un acte médical, alors que ce même préjudice, causé à une personne par toute faute légère d'un membre quelconque d'un centre de soins privé, serait, nous l'avons vu (367), intégralement indemnisé sur le plan contractuel comme sur le plan extracontractuel.

On a justifié cette inégalité par le souci d'éviter que l'activité efficace d'un service public soit paralysée, entravée par les réclamations incessantes des usagers qui s'estimeraient lésés.

Mais à notre avis, à partir du moment où la puissance publique exerce une activité parallèle à celle laissée à l'initiative individuelle, même au bénéfice de personnes qui ne pourront acquitter les frais engagés pour elles, elle se doit d'assurer, sinon bien entendu le confort que peuvent se procurer, dans le secteur privé, les malades ou blessés aisés, mais le même degré de *sécurité* sur lequel ceux-ci peuvent compter (368). Et la nécessité d'un tel impératif devrait être d'autant plus ressentie que, nous l'avons vu, le cadre des bénéficiaires du service public hospitalier s'étend tous les jours davantage au profit des malades payants, que l'hôpital devient « une clinique d'Etat et une clinique modèle (ou qui, du moins, a l'ambition d'être telle) ».

Reprenons la lecture de l'arrêt du Conseil d'Etat. Il va nous préciser, maintenant, qu'il ne faut pas modifier la qualification des « actes médicaux » et des « actes de soins » établie par l'arrêté du 31 décembre 1947, sous prétexte qu'ils ne sont pas accomplis en fait par la personne par qui ils devraient normalement l'être :

« Que pour qualifier les soins donnés au patient, il n'y a lieu de

---

(366) Commentant l'arrêt du C.E. du 21 avril 1948, demoiselle Magot, *Rev. de Droit Public*, 1949, p. 92, le Professeur de Soto a écrit : « Certains services paraissent si délicats, tant dans leur organisation que dans l'appréciation que le Conseil d'Etat peut porter sur cette dernière, que la jurisprudence n'admet leur responsabilité engapée qu'en cas de faute lourde. Il en est ainsi du service hospitalier. »

(367) Cf. *supra*, p. 45 et s. et p. 114.

(368) En ce sens MM. Savatier, Auby & Pequignot, *op. cit.*, p. 484.

rechercher s'ils ont été administrés par le personnel médical ou s'ils ont été exécutés par le personnel infirmier de l'établissement mais qu'il convient de se fonder uniquement, sur la qualité des dits soins. »

Une telle précision prouve, s'il en était besoin, que la différence entre la responsabilité reconnue à la puissance publique du fait des « actes médicaux » et celle qui lui est reconnue du fait des « actes de soins », ne tient nullement au fait que les médecins sont indépendants de la collectivité publique dans la pratique de leur art et les infirmiers dépendants de cette collectivité dans l'accomplissement des soins mais bien, nous l'avons dit, à la plus grande difficulté intrinsèque des « actes médicaux » que des « actes de soins ». Dans la mesure où l'on établit des distinctions, celle-ci est plus justifiable car, de deux choses l'une, ou l'on répond de quelqu'un qui est totalement indépendant, en vertu d'un certain principe, ou l'on n'en répond pas mais on ne répond pas seulement de ses fautes lourdes qu'en droit ni en fait on ne pouvait prévenir davantage que les fautes moins graves.

Mais la méthode préconisée par le Conseil d'Etat pour déterminer la responsabilité de la puissance publique du fait des membres du personnel hospitalier ne se borne pas à l'énoncé de ces principes. La Haute juridiction administrative a jugé que les circonstances particulières de la cause pouvaient, éventuellement, faire passer un acte de la catégorie des « actes de soins » dans celle des « actes médicaux ». C'est ce que l'on peut déduire « a contrario » de l'arrêt que nous examinons.

« Considérant... qu'une telle intervention (perfusion intraveineuse dans l'artère d'un bébé) a *en principe* le *caractère d'un acte de soins* et ne figure d'ailleurs pas au nombre des actes médicaux énumérés par les articles 3 et 4 de l'arrêté précité du 31 décembre 1947 ; que si, *en l'espèce, cette intervention présentait des difficultés particulières, eu égard au jeune âge de l'enfant et à la gravité de son état, son exécution dans un service hospitalier spécialisé dans le traitement des maladies des très jeunes enfants, n'exigeait pas l'intervention ou la surveillance personnelle d'un médecin* ; que, dans ces conditions et bien qu'elle n'ait pas présenté le caractère d'une faute lourde, la faute commise par l'interne susmentionné a été de nature à engager envers la victime la responsabilité de l'Administration générale de l'Assistance Publique à Paris... »

L'examen des circonstances de fait dans lesquelles s'est accompli un acte est, en lui-même, un procédé d'appréciation à approuver car il peut être facteur de justice dans la mesure où il permet de ne pas plier la réalité à des catégories juridiques en quelque sorte préfabriquées.

Néanmoins, ce procédé présente un risque d'erreur ou d'arbitraire indéniable. C'est ainsi que, dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt du Conseil d'Etat du 26 juin 1959, le commissaire du Gouvernement Fournier, dont les conclusions n'ont pas été adoptées, déduisait des circonstances de la cause que l'acte accompli sur le bébé, non en lui-même, mais justement eu égard à ces circonstances, pouvait être qualifié d'acte médical et que, de ce fait, la faute commise lors de l'accomplissement

de cet acte n'étant pas lourde, la responsabilité de la puissance publique ne pouvait être engagée.

Ainsi, avec ce procédé d'appréciation, la victime est indemnisée du préjudice qui lui est causé dans une proportion inverse de sa faiblesse et du soin extrême qu'exige son état ! Voilà un résultat qui peut donner à réfléchir.

Mais il faut reconnaître qu'en réalité la jurisprudence administrative essaie, en introduisant dans la qualification des actes accomplis dans le service hospitalier le facteur « circonstances », d'étiqueter « actes de soins » le plus grand nombre possible d'actes, de manière que la responsabilité du service hospitalier soit engagée le plus souvent pour faute simple, comme l'est celle des centres de soins privés (369).

C'est là une préoccupation que nous ne pouvons qu'approuver. Mais il est regrettable de recouvrir à des subtilités juridiques pour renverser un principe de responsabilité qui se révèle peu satisfaisant.

Certaines décisions, d'ailleurs, sont plus franchement inspirées par le désir de rapprocher, dans un souci de justice, l'appréciation de la faute médicale par les tribunaux administratifs de cette appréciation par les tribunaux judiciaires. C'est ainsi que le Conseil d'Etat ne qualifie même plus la faute dans ses arrêts lorsque le préjudice subi par la victime lui paraît « anormal » (370).

Il semble donc que l'on aille dans un proche avenir vers une détermination identique de la responsabilité des médecins du secteur libre et des médecins du secteur public. C'est le souhait que nous faisons nôtre ; c'est également celui de M. Robert, annotateur, comme nous l'avons dit, de l'arrêt que nous venons d'examiner, puisqu'il conclut : « On nous permettra de souhaiter que l'arrêt commenté ici, en venant mettre au grand jour l'accent sur l'importance attachée désormais par le Conseil d'Etat aux « circonstances de l'affaire » — circonstances qui vont jusqu'à changer de catégorie un acte médical — et par suite jusqu'à écarter l'application des principes qui, précisément, séparaient les deux jurisprudence, ouvre à la justice — administrative et judiciaire — la « route de l'unité ».

« Unité dans la réparation du préjudice subi par la victime d'une activité médicale, qu'elle ait été exercée en secteur libre ou en secteur public », pourrait-on dire, « mais non pas unité dans la responsabilité

---

(369) La jurisprudence obtient encore ce résultat en déclarant qu'il n'y a pas faute médicale mais faute dans l'organisation du service en cas de fonctionnement défectueux d'appareils radiologiques : C.E. 20 juillet 1938, dame Zimmer. *Rec.* Lebon, p. 702 ; C.E. 21 déc. 1938, dame Torchio. *Rec.* Lebon, p. 968.

V. également illustrant cette tendance : C.E. 15 mars 1963. *Gaz Pal.*, 1963.2.69.

(370) C.E. 9 janvier 1957. Hospices Civils de Blois (*Rec. Cons. d'Etat*, p. 23).

C.E. 7 mars 1958. (Secrétaire d'Etat à la Santé Publique c/ Dejous. Rec. Cons. d'Et., p. 153).

C.E., 15 juillet 1959. Dlle Segrettin, Rec., p. 474.

des médecins du secteur libre et du secteur public puisque ceux de ce dernier secteur, bénéficiant d'une sorte de privilège, ne répondent pas des conséquences de leurs fautes ». L'unité comprise en ce sens serait-elle souhaitable ? Nous ne le croyons pas pour plusieurs raisons.

En effet, dans la mesure où la faute du médecin hospitalier est couverte par la responsabilité de la puissance publique, il ne faut pas oublier que la victime de cette faute est aussi privilégiée que le médecin car celui-ci ayant bien souvent un patrimoine qui ne lui permettrait pas d'assumer la charge d'une indemnité, même de celle très modérée allouée à la victime par la juridiction administrative, le préjudice causé dans l'exécution du service public de santé risquerait, en fait, de ne pas être réparé si l'on en rendait le médecin seul responsable.

Il convient d'observer, en outre, que la situation des médecins des hôpitaux comporte des charges et des inconvénients dont l'importance justifie, à elle seule, la prise en charge d'un certain aspect de leur responsabilité par la puissance publique : c'est ainsi que ces médecins ont la charge de former les internes, externes, étudiants, élèves-infirmières, affectés à leur service, et que leur rémunération est loin d'atteindre les honoraires perçus dans le secteur libre par les médecins d'une valeur égale à la leur. Si un contrepoids n'était pas apporté à ces handicaps, le recrutement du personnel médical des hôpitaux risquerait d'être entravé.

Toutes les fautes des médecins des hôpitaux ne sont d'ailleurs pas couvertes par la responsabilité de la puissance publique. Comme pour l'activité de tous ses agents, cette dernière ne répond pas, en effet, des fautes « détachables du service » commises par les membres du personnel hospitalier : ceux-ci sont susceptibles, en ce cas, d'être poursuivis par la victime devant les tribunaux judiciaires.

Nous avons vu que c'est en jouant sur cette notion de « faute détachable », jusqu'à la déformer, qu'avant l'intervention du Tribunal des Conflits les tribunaux judiciaires s'attribuaient, en exclusivité, l'appréciation des fautes de toute gravité commises par les médecins hospitaliers.

En réalité, il faut remarquer que la faute « détachable du service public hospitalier » est certainement une faute plus grave que la faute lourde qualifiée « détachable » des autres services publics, puisque, seule, une faute médicale lourde peut engager la responsabilité de la puissance publique et qu'une faute médicale lourde, au point d'être détachable, ne l'engage plus.

M. Robert, dans sa note précitée sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 juin 1959, donne une définition de la faute détachable du service public hospitalier, définition qui mérite d'être examinée car elle paraît être le reflet même de la conception jurisprudentielle : « Ce n'est que lorsque la carence médicale ou chirurgicale atteint un point tel qu'elle devient contraire, non seulement à toutes les règles professionnelles, mais aux impératifs les plus élémentaires de la conscience, que l'on trouve alors en face d'une faute détachable du service engageant la responsabilité personnelle du médecin et, de ce fait, relevant de la compétence judi-

ciaire. » M. Robert analyse quelques exemples offerts par la jurisprudence et qui illustrent fort bien sa définition : « Faute personnelle... que celle commise par un chirurgien — par la suite d'ailleurs révoqué — qui, bien que de garde, refuse d'examiner un enfant alors que l'interne lui avait signalé, deux fois par téléphone, l'urgence d'une intervention, qui se fie au diagnostic de l'interne qu'il ne connaissait pas et qui donne l'ordre de pratiquer une appendicectomie au cours de laquelle l'enfant décède d'une syncope anesthésique (Cons. d'Et. 18 décembre 1953. Gaz. Pal. 1954-1-160). Une même faute — « personnelle » — est relevée dans un cas particulièrement dramatique : au moment d'un accouchement, dans un hôpital où le médecin-chef avait fait entrer une cliente, une sage-femme verse de l'éther sur les instruments devant servir à l'opération, ce qui provoque le jaillissement d'une flamme qui surprend la sage-femme, entraîne la chute du flacon d'éther, d'où explosion et panique dans la salle d'accouchement, puis la fuite de tout le personnel qui abandonne la femme déjà atteinte par les flammes (Crim. 2 oct. 1958, Porchas et autres c. X... J.C.P. 1958. II. 10 834). »

Si des fautes d'une pareille gravité sont de nature à entraîner la responsabilité personnelle de leur auteur devant les tribunaux judiciaires, il ne faut pas perdre de vue, néanmoins, qu'elles sont aussi de nature à entraîner, parallèlement, la responsabilité de la puissance publique devant les tribunaux administratifs.

Nous avons vu, en effet, lorsque nous avons considéré la responsabilité de droit commun de la puissance publique dans le domaine extracontractuel, que, depuis les célèbres arrêts du Conseil d'Etat du 18 novembre 1949 (371), il suffit qu'une faute ne soit pas « dépourvue de tout lien avec le service », même si elle a été commise hors du service, pour que la responsabilité de la puissance publique soit engagée à côté de celle de son agent. Serait-il possible d'admettre, dans ces conditions, que le fait pour un médecin de refuser d'examiner un enfant, que le fait pour le personnel hospitalier d'abandonner une patiente environnée de flammes provoquées par l'explosion d'un flacon d'éther, constituent des fautes dépourvues de tout lien avec le service alors que l'un des arrêts précités de 1949, l'arrêt Mimeur, dispose que l'imprudence, hors du trajet imposé, d'un chauffeur de l'Administration — faute pouvant être très nettement qualifiée de personnelle — doit être considérée comme n'étant pas dépourvue de tout lien avec le service ?

Il faut en somme bien distinguer les deux formes que peut revêtir la faute personnelle de l'agent public : celle « dépourvue de tout lien avec le service » et qui permet de dégager la responsabilité de la puissance

---

(371) Cf. *supra*, p. 33.

Ces arrêts étaient annoncés, en réalité, par une série de décisions qui avaient engagé la responsabilité de la puissance publique pour des fautes personnelles, mais commises *dans* le service, ce qui est l'hypothèse même des fautes qui viennent d'être citées. La plus marquante de ces décisions est celle du C.E. 21 avril 1937. Dlle Quesnel. Rec. 413.

publique à l'égard de la victime, et celle qui correspond à la définition et aux exemples donnés par M. Robert, qui peut engager la responsabilité à la fois de l'agent et de la puissance publique.

Ajoutons enfin que, depuis les arrêts Delville et Laruelle (372), le droit de recours direct de la collectivité publique contre son agent est admis lorsque le préjudice que celui-ci a causé est la conséquence d'une faute qui lui est personnelle, bien que non dépourvue de tout lien avec le service ou à la fois d'une faute qui lui est personnelle et d'une faute d'un agent anonyme du service, dite « faute du service », cette dernière ayant amené la collectivité publique à réparer le dommage causé.

Même lorsque la responsabilité de la puissance publique n'est pas directement engagée, lorsqu'il y a faute d'un agent dépourvue de tout lien avec le service, il faut bien reconnaître que cette responsabilité est engagée indirectement. En effet, l'article 112 du décret du 27 avril 1943 dispose qu'« en cas d'accident professionnel survenu dans l'exercice de leur fonction hospitalière, les membres du personnel médical sont couverts pour eux-mêmes et *contre les tiers* par une assurance contractée, spécialement, par la commission administrative ou l'Administration du groupement hospitalier ».

Le Docteur Gignoux et le Professeur Fournier (373) ont remarqué que, non seulement cette disposition est contraire aux principes du droit budgétaire, mais encore que maintenant que le personnel des hôpitaux, y compris les médecins, ne voient leur responsabilité engagée qu'en cas de faute détachable du service, et pour ainsi dire intentionnelle, l'article 12 de la loi du 13 juillet 1930, interdisant l'assurance de la faute intentionnelle, devrait faire déclarer sans valeur cet article 112 du Décret du 27 avril 1943. Quoiqu'il en soit, ledit article est toujours en vigueur et ces auteurs pensent qu'ils peut protéger efficacement l'agent public des recours de plus en plus fréquents que les tribunaux administratifs permettent à la puissance publique d'exercer contre cet agent, même lorsqu'il n'a pas commis de faute intentionnelle.

Il est un cas, le seul en fait, où la puissance publique ne répond ni directement, ni indirectement, des médecins des hôpitaux. L'article 12 du Décret du 24 septembre 1960, précité, et l'article 8 du Décret du 24 août 1961, également précité, prévoient en effet, pour les médecins des hôpitaux, la possibilité d'une certaine activité privée à l'intérieur de l'hôpital.

Dans cette hypothèse, il est bien certain que ces médecins, directement choisis et rémunérés par leurs clients, n'engagent pas, par leur activité, la responsabilité de la puissance publique à laquelle ces clients n'ont pas eu recours. Par ailleurs, dans l'exercice de leur activité privée, ces médecins doivent justifier d'une assurance couvrant leurs actes.

---

(372) Cf. *supra*, p. 35.

(373) In *La responsabilité des Internes en médecine des hôpitaux publics. L'hôpital et l'aide sociale à Paris*, n° 13, jan.-fév. 1962 et n° 14, mars-avril 1962.

Nous avons toujours parlé de la puissance publique, employant à dessein un terme général. Mais qui, en définitive, de l'Etat ou des collectivités publiques décentralisées, répond du dommage causé dans l'exécution du service hospitalier ?

A titre indicatif, nous signalerons qu'il existe quelques établissements nationaux, tel l'hospice national des Quinze-Vingt, des établissements communaux, intercommunaux et départementaux, qui ont une personnalité distincte de celle des collectivités locales et certains groupements hospitaliers qui sont dotés, en raison de leur importance propre et de celle de la ville où ils ont leur siège, d'un statut particulier, tels par exemple les établissements de l'Aministration de l'Assistance Publique à Paris ou de l'Administration de l'Assistance Publique à Marseille.

Il est bien évident que la collectivité ou l'établissement responsable sera celui dont le service aura été l'occasion de la faute dommageable.

*
* *

Si nous envisageons, pour terminer, les hôpitaux militaires et, d'une manière plus générale, le Service de Santé Militaire, les fautes commises par leurs médecins engendreront la responsabilité de la puissance publique dans des conditions particulières. La victime, ou ses ayants-cause, n'auront pas à prouver la faute : il leur suffira d'établir que l'invalidité ou le décès est survenu en service pour avoir droit à la réparation forfaitaire (pension) prévue par la loi. La faute du médecin, avec son caractère de faute détachable, ne pourra être recherchée que pour le recours éventuel de l'administration contre ledit médecin.

CHAPITRE DEUXIÈME

Y A-T-IL PLACE DANS LE CADRE DU SERVICE HOSPITALIER POUR LA RESPONSABILITÉ D'UN AGENT DU SERVICE DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRES AGENTS ?

Lorsque les tribunaux judiciaires se reconnaissaient compétents pour apprécier la responsabilité des médecins des hôpitaux, ils affirmaient, ainsi qu'une certaine doctrine (374), la responsabilité de ces derniers du fait du personnel hospitalier de la même manière qu'ils affirment encore aujourd'hui — et nous l'avons contestée — la responsabilité des médecins privés du fait du personnel des centres de soins privés où ils pratiquent ; c'est ainsi qu'ils retenaient la responsabilité de la puissance publique pour les fautes commises dans les soins hospitaliers courants et la responsabilité des médecins pour les fautes commises dans les soins accomplis sous leurs ordres directs, par suite de la formation d'un lien de préposition occasionnel entre eux et le personnel hospitalier (375).

Il ne pouvait en être de même pour les juridictions administratives déterminant la responsabilité du service public hospitalier en fonction de la distinction actes médicaux — actes de soins et considérant à cette fin tous les membres du personel hospitalier comme des agents publics dont le service est responsable selon la nature de leur activité et la gravité de la faute commise. Seule, cette dernière solution est à approuver. Bien qu'il ne semble pas, maintenant, qu'elle puisse être valablement contestée, il est préférable de considérer les reproches fondamentaux qu'on opposait, à juste titre, à la thèse de la responsabilité des médecins — du chef de service surtout — du fait du personnel hospitalier.

Tout d'abord, il faut bien se persuader que le médecin-chef d'un service d'hôpital n'est pas, malgré son titre, le chef des autres médecins du service car il ne peut y avoir de hiérarchie entre les médecins qui

---

(374) Cf. M. Baglin : *Le risque professionnel médical et sa garantie.* Thèse, Paris, 1931.

(375) Civ. 17 mars 1937. D. H. 1937-285.
Paris, 5 janv. 1945. D. 1945.242, confirmé par Req. 21 juil. 1947. D. 1947.J.485.
Trib. Civ. de la Seine, 21 avril 1953. J.C.P., 1953.2.763.

doivent garder chacun deur pleine indépendance (376). Il est simplement l'organisateur administratif du service. Comme l'a dit M. Boudin (377) : « Il sert de trait d'union entre les praticiens d'un service hospitalier et l'administration de l'établissement ».

En outre, même si l'on se place dans le cadre du droit privé, on ne peut pas dire non plus que le médecin-chef de service est responsable du personnel hospitalier non-médecin en tant que commettant de celui-ci, car nous avons la conviction que, comme dans un centre de soins privé, les membres du personnel hospitalier, en exécutant les ordres du médecin-chef — et des autres médecins du service —, ne font qu'accomplir les fonctions auxquelles la puissance publique les emploie.

C'est ce qu'a parfaitement exprimé M. Savatier, dans une note précitée, sous un arrêt de la Cour de Paris du 20 avril 1953 (378), arrêt antérieur il est vrai à 1957, qui revendiquait la connaissance de la responsabilité des médecins des hôpitaux et affirmait leur responsabilité du fait des dommages causés par des internes : « Ce dernier (le médecin d'hôpital) ne l'emploie pas (l'interne) à son service personnel et dans son propre intérêt. Tous deux sont au service de l'hôpital, l'un comme agent supérieur, l'autre comme agent subordonné. Or, dans aucune entreprise, même privée, on ne traite les agents inférieurs en préposés dont les agents supérieurs répondraient, comme commettants envers les tiers... C'est l'entreprise qui répond de tous ses employés » (nous dirions collaborateurs), « du haut en bas de l'échelle... »

Et M. Savatier ajoute : « Ce qui est vrai des entreprises privées l'est plus encore des services publics. Un fonctionnaire n'a nullement à répondre, personnellement, envers les tiers, des dommages causés par la faute d'un fonctionnaire inférieur bien que, hiérarchiquement, il puisse souvent en répondre envers le service. A l'égard des tiers, tous deux n'en sont pas moins les subordonnés », (nous dirions encore les collaborateurs), « du service public et c'est ce dernier qui répond pécuniairement de tous deux... (379). Comme dans une entreprise privée, le règlement des hôpitaux (v. l'art. 106 du décret sur le service hospitalier du 17 avril 1943) lorsqu'il affirme qu'un chef de service répondra de ses internes, n'a qu'une portée intérieure au service... Cela n'a absolument aucun rapport avec la qualité de commettant au sens du droit civil ».

Cette affirmation de responsabilité du médecin du fait des internes a sans doute paru peu satisfaisante puisqu'elle a disparu de la nouvelle rédaction de l'article 106 du décret du 17 avril 1943 apportée par le décret du 27 août 1957, décret pris, remarquons-le au passage, après la décision du Tribunal des Conflits du 25 mars 1957, consacrant la respon-

---

(376) Cf. en ce sens : Trib. Civ. de la Seine, 23 juin 1953. *Gaz. Pal.*, 3 au 6 oct. 1953.

(377) In *L'étendue de la responsabilité du médecin-chef d'un hôpital.* Rev. des hôpitaux, p. 356.

(378) J.C.P., 1953.1.7663.

(379) Cf. en ce sens Colmar, 24 déc. 1936. *Gaz. Pal.*, 1937.1.393.

sabilité de la puissance publique du fait des médecins des hôpitaux. Il est particulièrement intéressant de lire, au sujet de cette modification, une étude précitée du Docteur Gignoux et du Professeur Fournier sur « La responsabilité des Internes en médecine des hôpitaux publics » (380), étude qui envisage de façon exhaustive le régime antérieur et le régime postérieur à cette modification.

Il est bien certain que les réflexions de M. Savatier à propos de la responsabilité du médecin-chef du fait des internes sont valables à propos de cette responsabilité du fait de tous les membres du service hospitalier.

Toutefois, il faut noter que si les médecins des hôpitaux n'engagent pas leur responsabilité sans faute du fait du personnel hospitalier, ils pourraient engager leur responsabilité — au moins à l'égard de l'Administration et même à l'égard de la victime, dans la mesure où ils confieraient à ce personnel des tâches au-dessus de ses capacités, où par exemple, contrairement aux prescriptions de l'article 106 *bis* du décret du 26 août 1957, ils auraient donné aux internes — sous leur responsabilité (381), prévoit cet article — l'autorisation de pratiquer des opérations ou des interventions qui, en fait, leur incombent à eux seuls, médecins, et cela, au mépris des « garanties médicales que les malades sont en droit d'attendre d'un service hospitalier public ». Un tel manquement à leurs devoirs pourrait fort bien constituer, non certes une faute dépourvue de tout lien avec le service, mais bien une faute personnelle justifiant le recours de l'Administration contre ses médecins, et même la recherche de leur responsabilité, par la victime, devant les tribunaux judiciaires.

On peut craindre que ces tribunaux judiciaires, s'ils ont à se prononcer sur ces questions, reviennent à la thèse qu'ils ont précédemment exprimée, à savoir que le médecin des hôpitaux est responsable du personnel hospitalier auquel il donne des ordres directs.

L'hypothèse peut se réaliser lorsque le personnel commet une faute, détachable du service, susceptible d'engager sa responsabilité devant les tribunaux judiciaires. Peut-être, ceux-ci seront-ils convaincus du bien-fondé des réflexions émises par M. Savatier et n'accepteront-ils pas de retenir la responsabilité de commettant du médecin qui avait autorité sur eux (382).

Il est assez remarquable de constater que le Conseil d'Etat profite des rapports d'autorité qui doivent exister entre les médecins des hôpitaux et les internes, non pas pour engager la responsabilité de ceux-là du fait de ceux-ci, mais pour ne pas exiger la faute lourde médicale, seule susceptible, en principe, d'engager la responsabilité de la puissance

---

(380) In *L'hôpital et l'Aide Sociale à Paris*, n° 13, janvier-février 1962, et n° 14, mars-avril 1962.

(381) A notre avis, cette expression ne peut qu'impliquer la responsabilité pour autorisation donnée à la légère et non responsabilité sans faute, pour faute de l'interne. Il ne peut y avoir place, nous l'avons vu, pour une telle responsabilité des agents publics, les uns du fait des autres.

(382) *Contra*, dans un certain cas, le Dr Gignoux et le Professeur Fournier, *loc. cit.*, § II : Aspect juridique général nouveau.

publique : ils considèrent, dans certains cas, que si un dommage a été causé par l'interne, peu importe la gravité de sa faute, étant donné que la responsabilité du service est engagée par le simple fait que le médecin s'est déchargé, à tort, d'une obligation qui lui incombait et que ce fait est à la limite de la faute médicale et de la faute administrative (383).

Nous ne pouvons que nous féliciter de cette nouvelle tentative vers l'unité des régimes de réparation des dommages subis du fait d'une activité médicale dans les secteurs privé et public.

Nous avons, jusqu'à présent, exposé les raisons qui permettaient d'écarter la responsabilité du chirurgien ou du médecin du fait du personnel hospitalier. Nous n'avons pas envisagé le cas — qui n'est pas une simple hypothèse d'école — où le médecin confie une tâche à une personne totalement étrangère au personnel hospitalier.

Il n'est guère possible de faire état, étant donné sa date, d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 6 février 1900 (384) qui retenait la responsabilité d'un chef de service pour avoir laissé un non-praticien — un ministre du culte israélite — faire une opération (une circoncision) dont la mauvaise exécution avait causé un préjudice au patient.

L'on peut se demander si, à l'heure actuelle, les tribunaux administratifs ne pourraient engager la responsabilité de la puissance publique, non point bien entendu du fait d'une personne étrangère au service, mais du fait de la faute du chirurgien qui a confié, à cette personne, une tâche qu'elle n'avait aucune qualité pour accomplir dans le service. Cette faute du médecin n'est pas dépourvue de tout lien avec le service, mais elle est assez grave, même si elle a été commise dans une bonne intention (385), pour être qualifiée de personnelle et justifier aussi bien la responsabilité personnelle de son auteur devant les tribunaux judiciaires que le recours de l'Administration contre celui-ci (386).

Avant de terminer cette étude de la responsabilité des médecins du fait du personnel hospitalier, demandons-nous si le personnel hospitalier, qui collabore avec les médecins hospitaliers dans l'exercice de l'activité privée qui est autorisée à ceux-ci à l'intérieur de l'hôpital (387) engage la responsabilité de la puissance publique ? Pour certains, la négative s'impose et ils sont affermis dans leur conviction par l'article 15 du

---

(383) C.E. 25 juin 1954, Dame Forcina, *Gaz. Pal.* 1954.2.142.
C.E. 9 nov. 1959. Sarotte, J.C.P. 1959.2.11.342, note R. Savatier.

(384) D. 1900.2.470.

(385) Dans l'hypothèse qui avait donné lieu à l'arrêt de la Cour de Bordeaux, le chirurgien avait laissé opérer le ministre du culte israléite, non par négligence, mais pour permettre à celui-ci d'acquérir la technique nécessaire pour procéder, en toute sécurité, aux petites interventions chirurgicales prescrites par sa religion

(386) Il est bien évident que dans l'hypothèse prévue par le décret n° 63.286 du 18 mars 1963 (*J.O.* du 22 mars 1963, p. 2796) où le chef de service fait appel à un médecin, chirurgien ou biologiste à compétnce particulière n'appartenant pas au corps médical de l'établissement, il n'y a pas faute du chef de service et la puissance publique est responsable de son collaborateur occasionnel.

(387) Cf. *supra*, p. 179.

décret du 24 septembre 1960 qui exige que ces médecins justifient « d'une assurance les garantissant de façon illimitée pour leurs propres actes et ceux, éventuellement, de leurs collaborateurs médicaux, contre le recours de leurs malades personnels ». Nous ne pensons pas que cette disposition puisse être interprétée comme dégageant la responsabilité de la puissance publique du fait du personnel hospitalier qui collabore à l'activité privée du médecin. Elle doit être plutôt entendue, selon nous, comme attestant que cette responsabilité de la puissance publique n'est pas engagée du fait des collaborateurs personnels dudit médecin, collaborateurs choisis par lui. En effet, dans l'hypothèse de l'exercice, par les médecins, d'une activité privée à l'intérieur de l'hôpital ne se trouve-t-on pas dans la situation dans laquelle exerce, en clinique, un médecin du secteur libre ou, dans la « clinique ouverte » de l'hôpital, un médecin du secteur libre ou un médecin du secteur public ? Or, nous avons vu qu'à notre avis, devait répondre de ce personnel collaborateur du médecin, celui qui l'emploie pour exercer l'activité dans laquelle l'acte néfaste a été commis, à savoir le centre de soins.

Telle n'est sans doute pas la conception du législateur puisqu'il faut bien l'avouer, l'article 11 du décret du 24 août 1961 exige de la part des médecins des hôpitaux, autres que ceux d'une ville de faculté, une assurance qui couvre même l'activité du personnel soignant.

On peut soutenir, quoiqu'il en soit, que la puissance publique pourrait, éventuellement, rester responsable de la faute anonyme dans le fonctionnement du service, faute d'un personnel qui ne serait pas sous l'autorité directe du médecin.

En définitive, dans la conception actuelle, les dommages causés dans l'exécution du service public hospitalier ne peuvent entraîner, à l'égard des tiers lésés, qu'une seule responsabilité, celle de la puissance publique, sauf lorsque la faute qui en est l'origine est une faute « personnelle » d'un agent, auquel cas il y a lieu de retenir, parallèlement, la responsabilité de l'agent et celle de la puissance publique.

Il ne peut y avoir, et c'est dans la logique du système de la responsabilité extracontractuelle des collectivités publiques, responsabilité d'un agent du fait d'un autre.

En revanche, si, à l'égard des tiers, il est rare en fait que l'agent du service public hospitalier réponde des conséquences de sa faute, sa responsabilité peut être engagée envers son Administration pour ses fautes d'un certain degré de gravité que cette administration a été amenée à réparer.

La responsabilité du service public hospitalier n'est donc qu'une application du droit commun de la responsabilité des services publics.

On peut le regretter dans la mesure où le service public hospitalier est l'un de ceux qui, ne constituant pas un monopole de l'Etat, fonctionnent dans des conditions à peu près analogues à celles dans lesquelles fonctionnent les activités privées du même ordre — des charges plus grandes étant compensées par des moyens d'action plus efficaces — et dans la mesure où, cependant, on ne lui reconnaît pas la possibilité de

passer avec ses usagers des contrats de droit privé ou la possibilité de répondre sur le plan délictuel des fautes, même légères, de ses subordonnés.

Evidemment, si l'on appliquait à ces services qui ne font pas l'objet d'un monopole les principes du droit privé, faudrait-il renoncer à les voir répondre, sur le plan extracontractuel, des agents qui ne peuvent être, dans l'exercice de leur activité, les subordonnés de qui que ce soit. Or, il y aurait un inconvénient certain à laisser ces agents, assez modestement rémunérés, faire face à la réparation de dommages parfois considérables.

Mais il ne faut pas oublier qu'au moins dans le cadre du service hospitalier, l'article 112 du décret du 27 avril 1943, aussi critiquable qu'il soit en son principe (388), est, néanmoins, toujours en vigueur : il exige que les médecins soient assurés par l'intermédiaire de l'administration du groupement hospitalier pour les dommages qu'ils peuvent causer aux tiers.

(388) Cf. *supra*, p. 179.

TITRE DEUXIÈME

RESPONSABILITÉ DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI DANS LE SERVICE PUBLIC DE SANTÉ EXTRA-HOSPITALIER

Si le service hospitalier constitue l'aspect principal du service public de santé, il est un certain nombre d'activités médicales, pratiquées en dehors du cadre de l'hôpital, dont la puissance publique prend l'initiative ou sur lesquelles elle exerce son emprise.

Nous allons examiner la responsabilité que la puissance publique (389) peut être amenée à assumer du fait de ceux auxquels elle a recours pour l'accomplissement de ces activités.

Nous envisagerons cette responsabilité, successivement, à propos des activités de la Transfusion Sanguine et de la Lutte contre le Cancer, du service des vaccinations, des services de dépistage des maladies et de contrôle médicale des maladies, des experts judiciaires médecins, des experts en médicaments nouveaux.

---

(389) Une fois pour toutes, tenant compte des conclusions auxquelles nous avons abouti dans l'étude de la responsabilité du service hospitalier, nous écarterons la possibilité de toute responsabilité d'un agent ou d'un collaborateur du service public du fait d'un autre agent ou collaborateur de ce service, quelle que soit la position hiérarchiquement élevée du premier par rapport à celle du second.

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI DANS L'ACCOMPLISSEMENT DES ACTIVITÉS DE LA TRANSFUSION SANGUINE ET DE LA LUTTE CONTRE LE CANCER

L'étude de cette responsabilité semble participer en fait des deux secteurs, privé et public, de l'activité médicale, puisque la préparation du sang humain et la lutte contre le cancer ne constituent pas, en apparence du moins, un monopole de la puissance publique et que le sang est utilisé aussi bien dans les centres de soins privés que dans les centres de soins publics. Nous avons pensé, néanmoins, qu'il était préférable, étant donné, nous allons le voir, le caractère véritable des organismes de transfusion sanguine et de lutte contre le cancer, d'examiner cette responsabilité dans le cadre du secteur public.

Il existe, en effet, des centres de transfusion sanguine de caractère privé qui sont agréés par arrêté du Ministre de la Santé Publique. Ces centres locaux sont autonomes et, parfois, rattachés à la Croix-Rouge, comme à Marmande. Quant au Centre National de Transfusion sanguine, il est de même une association de la loi du 1er juillet 1901, agréé pour la préparation du sang humain, en application de l'article 2 de la loi n° 52854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés (390). Son Conseil d'administration comporte des représentants du Ministère de la Santé Publique.

A côté de ces centres de transfusion sanguine privés, mais sous contrôle de la puissance publique, il existe un certain nombre de centres qui constituent des services publics départementaux — comme à La Rochelle — ou municipaux — comme à Asnières — dépourvus de la personnalité morale (391).

Comment le mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui peut-il être amené à jouer à l'occasion de l'activité de ces divers centres de transfusion sanguine ?

---

(390) *J.O.* du 22 juillet 1952, p. 7357.

(391) Tous ces renseignements nous ont été obligeamment communiqués par le Ministère de la Santé Publique.

Pour situer le cadre d'une telle responsabilité, il est un certain nombre de points qu'il faut préciser.

La transfusion sanguine peut provoquer des dommages à deux catégories de personnes : aux donneurs de sang chez lesquels les prélèvements ont été effectués dans de mauvaises conditions, aux bénéficiaires des transfusions, dans l'organisme desquels a été introduit du sang vicié ou inadapté à leur groupe sanguin.

De même, deux catégories de personnes peuvent être responsables de ces dommages, les centres de transfusion sanguine et les centres de soins qui utilisent le sang procuré par la « transfusion sanguine ».

*
* *

Lorsqu'un dommage a été causé aux donneurs, il est bien certain que doit être envisagée la responsabilité du centre de transfusion du fait du personnel qui a procédé au prélèvement.

Si ce centre de transfusion est de caractère privé, l'on pourrait penser que sa responsabilité peut être engagée du fait de son personnel, devant les tribunaux judiciaires, selon les termes de l'article 1384, alinéa 5, du Code Civil.

Le fait que ce centre soit agréé par arrêté du Ministre de la Santé Publique permet-il de dire que la puissance publique garantit, en quelque sorte, les activités de ce centre et que, si ces activités sont dommageables, elle en couvre les conséquences ?

M. R. Savatier, dans une chronique intitulée « De sanguine jus » (392), s'exprime catégoriquement ainsi : « Le propre de la loi du 21 juillet 1952 nous paraît, en effet, avoir été d'organiser le *service public du sang humain*. Nous pensons que, quelle que soit la doctrine des publicistes, tous les éléments d'un service public sont ici réunis, puisque le sang fait l'objet d'un monopole général et nécessaire, utilisé sous la direction étroite de la société...

« Pourtant, les centres départementaux de transfusion ne sont pas tous confiés à des personnes publiques. Le décret du 16 janvier 1954, article 2 les admet à dépendre, soit du département lui-même ou d'autres personnes publiques, soit de sociétés mutualistes ou d'associations de droit privé...

« Il demeure, pourtant, que chaque centre départemental reçoit investiture officielle dans le cadre général d'un service public. Et l'on ne saurait, évidemment, différencier le droit de la propriété, des contrats ou de la *responsabilité* concernant le sang humain, suivant que le centre départemental, dont le sang dépend, est administré par le département ou par une association de droit privé. Le service public du centre reste le même, fût-il confié à des personnes privées... »

M. Savatier ajoute plus loin : « Sauf pour la transfusion directe

---

(392) D. 1954. *Chr.*, p. 141.

d'homme à homme, guidée par un médecin dans sa clientèle, les responsabilités engagées s'encadrent, en effet, depuis la loi du 21 juillet 1952, dans un service public. Car c'est le service public du sang humain qui en assure le prélèvement, la préparation et la fourniture en vue des injections.

« Les médecins, pharmaciens, laborantines, infirmières participant à ces opérations, seront donc traités, quant à leurs responsabilités civiles, comme agents d'un service public. En d'autres termes, c'est la personne morale gestionnaire du service public (393) — et si elle ne peut être déterminée avec précision, c'est *l'Etat* — qui répondra des fautes de service dont souffre la victime. »

Encore que la gestion d'un service public par une personne privée constitue un phénomène qui n'est pas ignoré du droit public, M. Savatier a peut-être raison de prévoir l'opposition des publicistes à sa thèse. Mais celle-ci est très convaincante et, pour notre part, nous l'approuvons entièrement. Aussi, préconisons-nous la responsabilité de la puissance publique pour les dommages qui ont pu être causés aux donneurs de sang par la faute du personnel des centres de transfusion sanguine privés.

M. Savatier va encore plus loin et estime que « le service public de transfusion sanguine » doit même réparer les dommages causés aux donneurs sans faute du « service », car il en est ainsi à l'égard de tous les collaborateurs des services publics. La jurisprudence constante du Conseil d'Etat est, en effet, en ce sens, même lorsque la participation du collaborateur au service public est totalement bénévole (394).

Il est superflu de préciser, après ce que nous venons de dire, que lorsque le centre de transfusion sanguine constitue un service public, départemental ou municipal, au sens étroit et précis du terme, la responsabilité du service public, à l'égard des donneurs de sang qui ont subi un préjudice, est engagée par la faute de ses agents et, nous l'avons vu, même sans faute.

Il ne semble pas que la jurisprudence, de portée restreinte, il faut le reconnaître, du Tribunal des Conflits, constituée par l'arrêt Naliato (395), attribuant aux tribunaux judiciaires compétence pour rechercher la responsabilité incombant à l'Etat, pour faute commise dans un service public ne présentant aucune particularité de nature à distinguer, juridiquement, son activité de celle des organisations similaires relevant des personnes ou des institutions de droit privé, puisse s'appliquer à la responsabilité du « service » de transfusion sanguine. En

---

(393) M. Savatier estime, signalons-le au passage, que celle-ci lorsqu'elle est privée, doit songer à assurer sa responsabilité.

(394) C.E. 30 nov. 1945. Faure, S. 1946.3.37. Note Benoit.
C.E. 15 fév. 1946. Ville de Senlis, Rec., p. 50.
C.E. 22 nov. 1946. Commune de Saint-Priest-la-Plaine, S. 1947.3.105, note F.P.B.
C.E. 18 avril 1953. Pinquet, D. 1954.7, note Morange.
Cass. Civ., 23 nov. 1956. Giry. R.D.P. 1958.304, note Waline.

(395) 22 janv. 1955. Rec. p. 614. D. 1956 J. 58, note Eisenmann.

effet, si l'on adopte, comme nous l'avons fait, la thèse de M. Savatier, l'œuvre de transfusion sanguine s'opère tout entière dans le secteur public, même si l'établissement qui l'exerce est de caractère privé et aucune identité ne peut être relevée avec une activité de nature privée, formellement exclue dans la matière qui nous occupe : la compétence doit donc être, d'une manière générale, celle des tribunaux administratifs.

*
* *

Lorsqu'un dommage est causé à un bénéficiaire d'une transfusion sanguine, qui va réparer le préjudice ainsi subi ?

Si une faute est commise par le personnel du centre de soins, privé ou public, qui procède à la perfusion du sang, ce centre — et le médecin qui, éventuellement, l'a imposé (396) — sont responsables suivant le droit commun, respectivement, privé ou public (397).

Si le personnel de ce centre de soins ne commet aucune faute et si le bénéficiaire de la transfusion de sang subit, néanmoins, un préjudice, c'est qu'une faute a été commise dans la préparation ou dans la livraison du sang par le centre de transfusion sanguine. Comment vont, alors, se déterminer les responsabilités ?

La victime peut-elle se retourner, malgré tout, contre le centre de soins ?

Lorsque cette victime s'est confiée, contractuellement, à un centre de soins privé et, parfois, au médecin qui le lui a imposé, elle est en droit d'invoquer contre ceux-ci l'article 1147 du Code Civil et il serait très surprenant que les tribunaux, étant donné leur rigueur en la matière, considèrent que les fautes commises par le centre de transfusion sanguine sont de nature à exonérer de leur responsabilité — en tant que cause étrangère ne pouvant leur être imputée — le centre de soins et, éventuellement, le médecin qui l'a imposé. Il faut, à ce propos, signaler un arrêt intéressant de la Cour de Cassation du 4 février 1959 (398) précisant que la nature du contrat intervenu entre le malade et la clinique implique, en raison de la confiance que le malade doit nécessairement faire à celle-ci, l'obligation de fournir des médicaments répondant, par leur nature et leurs qualités, au but poursuivi. En l'espèce, il s'agissait d'une injection de sérum ; il ne peut qu'en être de même d'une perfusion de sang. Il y a là d'ailleurs, il faut le remarquer, à la charge du centre de soins ou du médecin qui a imposé ce centre, plus une responsabilité contractuelle du fait d'une chose (399) que du fait d'autrui.

---

(396) Cf. *supra*, p. 88.

(397) Cf. les arrêts précités, dans l'étude du secteur privé, *supra*, note 184, de Toulouse, 14 déc. 1959. J.C.P. 1960.11402 et note Savatier. Trib. Correct. Toulouse, 11 janv. 1960. J.C.P., 1960,2.11591 et note Savatier ; Toulouse, 7 juil. 1960. J.C.P., 1960.2.871 et note Savatier ; Cass. crim., 16 mai 1961. J.C.P., 1961.2.12315 et note Savatier et C.E. 16 nov. 955. Assistance Publique de Paris. *Rec.*, p. 546.

(398) J.C.P., 1959.2.11046, note Savatier.

(399) Cf. *supra*, p. 67.

Cela est si vrai que M. Savatier, dans sa note sous cet arrêt du 4 février 1959, envisage que, sur le plan délictuel, l'article 1384, alinéa 1 du Code Civil, devrait s'appliquer au gardien du médicament nocif.

Il ne semble pas, en revanche, que lorsque la victime de la transfusion sanguine nocive, mais effectuée sans faute des opérateurs, était liée à ceux-ci — pratiquement à un médecin — par un lien quasi-contractuel de gestion d'affaires (400), elle puisse demander réparation du préjudice qu'elle a subi. En effet, l'article 1374 du Code Civil n'envisage la responsabilité du gérant d'affaires que pour faute ou négligence et, nous avons vu qu'en matière de gestion d'affaires il ne pouvait y avoir lieu à responsabilité du fait d'autrui (401).

Comme le souligne une note anonyme, parue à la Gazette du Palais, sous l'arrêt précité de la Cour de Cassation du 4 février 1959 (402), ceux qui ont vu leur responsabilité engagée pour le dommage causé par un produit défectueux peuvent exercer un recours en garantie contre le fournisseur, en notre domaine un centre de transfusion sanguine. Dans l'optique de M. Savatier, que nous avons dit avoir fait nôtre, il s'agirait d'un recours contre le « service public de transfusion sanguine ».

On pourrait concevoir, comme au sujet du fonctionnement du service hospitalier (403), que les centres de soins, usagers de ce « service de transfusion », invoquent, à l'encontre de celui-ci, le contrat de fourniture conclu avec lui, non de droit privé, cette fois, mais de droit administratif en raison de la nature de la prestation — hors du commerce — qui en fait l'objet. Mais nous avons vu qu'en l'état du droit une telle conception est loin d'être adoptée et qu'il faut considérer la mise en jeu de la responsabilité du service public.

Le recours des centres de soins devrait-il, dans ces conditions, pour être assuré de succès, s'appuyer sur la preuve d'une faute du service et, encore, d'une faute d'un certain degré de gravité ou bien, une fois encore, comme à l'égard des donneurs de sang, la responsabilité du service de transfusion pourrait-elle être engagée sans faute ?

Nous ne croyons pas, pour notre part, que l'on puisse étendre outre mesure, actuellement, la responsabilité sans faute de la puissance publique ; cette extension aboutirait d'ailleurs, en l'espèce, à imposer à celle-ci la garantie de la qualité du sang délivré par les centres de transfusion sanguine, alors que l'on s'accorde généralement pour affirmer que le visa obligatoire pour la vente, accordé à un médicament par l'autorité administrative, après délibération d'un comité technique des spécialités, ne constitue en rien une garantie par l'Etat de l'innocuité de ce médicament (404).

En revanche, la responsabilité du « service public de transfusion

---

(400) Cf. *supra*, pp. 106 et 107.
(401) Cf. *supra*, p. 115 et s.
(402) *Gaz. Pal.*, 18 au 20 mars 1959.
(403) Cf. *supra*, p. 166 et s.
(404) V. note Auby précitée D. 1956.620.

sanguine » devrait être engagée à l'égard des centres de soins, ses usagers, pour faute de ses agents, même légère, car la préparation et la délivrance du sang humain ne devraient pouvoir être qualifiées d'actes médicaux dans l'accomplissement desquels seule une faute lourde engagerait la responsabilité de la puissance publique, mais seulement d'actes chimiques et pharmaceutiques.

Lorsque la victime d'une transfusion sanguine nocive, mais effectuée sans faute des opérateurs, a subi ce dommage dans le cadre du service public hospitalier, peut-elle rechercher la responsabilité de ce service ? Il serait souhaitable que, dans une perspective d'assimilation des conditions de sécurité à garantir aux malades du secteur public comme aux malades du secteur privé, le service public hospitalier soit tenu à la garantie des produits qu'il utilise. Mais cette exigence ne peut guère être formulée que dans le cadre d'un contrat passé entre le service et l'usager et nous savons que l'existence d'un tel contrat n'est pas admise. Si bien que, dans le cadre du régime de responsabilité du service public hospitalier, la victime d'une transfusion nocive, mais correctement menée par le personnel hospitalier, ne peut obtenir, du service hospitalier, réparation du dommage qui lui est causé.

Cela était vrai sans contestation possible avant la loi du 21 juillet 1952, mais dans la mesure où l'on considère, avec M. Savatier, que cette loi a institué un « service public de transfusion sanguine », le patient du service hospitalier qui ne peut prouver aucune faute de ce service, peut essayer de prouver la faute du « service de transfusion sanguine ».

A l'époque où les centres de transfusion sanguine étaient des œuvres purement privées sans aucune ambiguïté dans leur nature, on avait essayé d'accorder à la victime d'une transfusion sanguine, nocive en raison de la défectuosité du sang, un droit direct contre ces centres, en admettant que les centres de soins en contractant avec les centres de transfusion avaient stipulé en faveur de leurs malades (405).

Cette théorie ne présente plus d'intérêt, comme le fait remarquer M. Savatier sous l'arrêt en note du 17 décembre 1954, dans le cadre du service public hospitalier, étant donnée l'existence du « service public de transfusion sanguine ». Le sang vicié ayant été fourni par un service public (gestion privée ou publique, peu importe), cette fourniture défectueuse constitue, nous l'avons vu, une faute de ce service, engageant directement sa responsabilité extracontractuelle envers la victime dans les termes du droit commun de la responsabilité de la puissance publique.

Cette théorie de la stipulation pour autrui ne présente pas un plus grand intérêt dans le cadre des centres de soins privés. Elle permettrait, en effet, à la victime soignée dans ces centres, d'exercer un droit direct contre le centre de transfusion lorsque, seul, celui-ci serait en faute pour avoir fourni un sang vicié ou inadapté à l'organisme du sujet récepteur.

---

(405) Civ. 17 déc. 1954, J.C.P. 1955.2.8490, note Savatier.

Or, nous avons vu que le centre de soins doit, lui-même, garantir les produits qu'il utilise. Si bien que la victime du dommage n'a pas besoin de recourir contre le centre de tranfusion. En outre, le désirerait-elle, elle pourrait agir, maintenant, contre lui en invoquant les règles de la responsabilité du service public.

Il est bien préférable qu'il en soit ainsi, car cette théorie de la stipulation pour autrui apparaît comme peu vraisemblable en ce domaine ; si on l'admettait, il faudrait la faire jouer chaque fois qu'une personne à qui l'on confie une tâche s'adresse à quelqu'un pour se procurer les moyens de la réaliser. Un tel abus de ce mécanisme juridique dépasserait, certainement, le domaine que le législateur lui avait assigné.

*
* *

En définitive, dans la conception d'un « service public de transfusion sanguine », la puissance publique est responsable de sa faute, de quelque gravité qu'elle soit, à l'égard des bénéficiaires des transfusions sanguines effectuées en service hospitalier et à l'égard des centres de soins privés qui se procurent du sang pour leurs malades.

A l'égard des donneurs de sang, la puissance publique est responsable de tout dommage qui leur advient, même s'il n'est causé par aucune faute de sa part.

Les centres de soins privés, de leur côté, doivent garantir à leurs malades la qualité du sang qu'ils leur infusent.

*
* *

Si l'on rejette la conception d'un « service public de transfusion sanguine », les conclusions que nous venons d'indiquer ne sont valables que lorsque la transfusion sanguine dommageable a été effectuée avec un sang provenant d'un centre constituant un service public départemental ou municipal.

Lorsque ce sang provient d'un centre de transfusion privé, agréé, le droit de la responsabilité civile contractuelle ou délictuelle doit s'appliquer suivant que celui qui demande réparation était lié, ou non, par un contrat au centre de transfusion.

Mais, comme le fait remarquer M. Savatier, dans une phrase que nous avons déjà citée et que nous reproduisons, parce que nous la trouvons déterminante : « ... l'on ne saurait, évidemment, différencier le droit de la propriété, des contrats, ou de la responsabilité concernant le sang humain, suivant que le centre départemental dont ce sang dépend est administré par le département ou par une association de droit privé ».

Tout ce que nous venons de dire au sujet des Centres privés de transfusion sanguine concernant leur nature juridique, leur mission de service public et leur responsabilité engagée suivant les règles du droit public, devrait s'appliquer, également, aux *Centres de lutte contre le Cancer*. Ces centres ont pour objet, aux termes de l'article L. 312 du

Code de la Santé Publique, le dépistage, l'examen, l'hospitalisation et le traitement des malades, la surveillance prolongée des résultats thérapeutiques, les recherches sur l'étiologie, la prophylaxie et la thérapeutique du cancer. Selon l'article L. 314 du même Code, ils sont agréés par le Ministre de la Santé Publique. Un arrêt du Tribunal des Conflits du 20 novembre 1961 (Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis » c/ Dr BOURGUET) (406) décide que les Centres en question « assument une mission de service public... » mais que.. « le législateur a entendu leur conférer le caractère d'établissements privés ».

L'identité de situation entre les deux catégories de Centres (Transfusion sanguine et Lutte contre le Cancer) étant ainsi évidente, il nous est permis d'appliquer « mutatis mutandis », aux seconds, les solutions que nous avons retenues pour les premiers, en matière de responsabilité.

---

(406) *Rev. Adm.* 1961, p. 621, note G. Liet-Veaux. Il s'agissait d'un conflit entre un médecin et un directeur de Centre qui avait pris une décision mettant fin aux fonctions dudit médecin.

V. également note Waline au sujet du même arrêt : *Rev. Droit Public*, 1962, p. 964.

Chapitre Deuxième

RESPONSABILITÉ DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI DANS L'ACCOMPLISSEMENT DU SERVICE DE VACCINATION

La puissance publique assure, au niveau du département, un service de vaccination qui ne constitue pas un monopole mais qui est ouvert à tous.

Le législateur impose, par ailleurs, certaines vaccinations, de façon constante, à un certain nombre de personnes — les enfants et adolescents en particulier — et occasionnellement à tous les citoyens lorsque le pays est menacé par une épidémie.

Puisque le service de vaccination n'est pas un monopole de la puissance publique, les personnes assujetties à l'obligation de se faire vacciner peuvent s'adresser à un médecin du secteur libre.

Mais lorsque ces personnes ont recours au service public de vaccination et qu'elles subissent un préjudice du fait de la vaccination, quelle va être la responsabilité du service ?

Est-il possible de transposer en ce domaine les solutions apportées au problème de la responsabilité de la puissance publique du fait des activités dommageables exercées dans le service hospitalier ? Une telle adaptation, si elle est possible, serait loin d'être adequate.

En effet, la nature de la vaccination et les conditions dans lesquelles elle est effectuée ne sont pas assimilables à la nature de l'acte hospitalier et aux conditions dans lesquelles il est accompli.

Tout d'abord, la vaccination ne figure pas sur la liste des actes médicaux pouvant être exécutés ou non par un auxiliaire médical qualifié, liste qui, nous l'avons vu (407), sert de point de départ au Conseil d'Etat pour déterminer le degré de gravité exigé d'une faute pour qu'elle engage la responsabilité du service hospitalier. Les injections sous-cutanées et intramusculaires peuvent, il est vrai, selon cette liste, être exécutées par un auxiliaire médical qualifié sur prescription quantitative et qualitative du médecin mais sans la présence de celui-ci : assimiler les vaccinations à ces injections sous-cutanées et intramusculaires et en faire des actes de

---

(407) Cf. *supra*, p. 173 et s.

soins, serait peut-être d'une bien grande hardiesse sur le plan médical.

En outre, dans presque tous les cas, la vaccination est obligatoire aux termes de la loi, alors qu'il n'en est pas de même pour les actes médicaux et soins hospitaliers.

C'est pour ces raisons que jurisprudence et doctrine ont conféré, ou voulu conférer, à la responsabilité de la puissance publique du fait du service de vaccination un aspect qui lui est propre.

Lorsqu'une faute a été commise dans l'exécution de la vaccination, pas plus que dans le domaine hospitalier (408), il n'est fait appel à une responsabilité contractuelle de la puissance publique, mais bien au droit commun de la responsabilité du service public : responsabilité de l'Administration pour faute de service et même pour faute non dépourvue de tout lien avec le service, responsabilité personnelle de l'agent lorsque sa faute est assez grave pour être qualifiée de personnelle (409).

Mais un certain désaccord existe sur la question de savoir si la faute susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique doit être, comme dans le service hospitalier, une faute médicale lourde.

Le Conseil d'Etat semble répondre, parfois, par la négative : ainsi, dans un arrêt du 20 mai 1949 (Daret) (410), on pourrait penser que la haute juridiction n'a pas exigé une faute qualifiée pour engager la responsabilité de la puissance publique en raison du dommage subi par un enfant, lors d'une vaccination, du fait de l'éther employé par l'infirmière. En réalité, on peut se rendre compte, dans cette espèce, que les négligences commises par l'infirmière étaient telles qu'elles pouvaient être qualifiées de faute lourde dans la mesure où cette personne aurait exécuté un acte qualifié « médical ». On se souvient, à ce propos, que le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 26 juin 1959 (411), avait précisé que la nature de l'acte « médical » ou de « soins » est indépendante de la qualité de celui qui l'effectue.

On ne peut être que confirmé dans la conviction que l'arrêt du 20 mai 1949 n'a pas abandonné l'exigence d'une faute lourde médicale pour engager la responsabilité de la puissance publique, puisque la même haute juridiction, dans un arrêt du 7 mai 1952 (dame Chassagnac) (412), ne retient pas cette responsabilité pour un dommage subi par une personne soumise à une vaccination effectuée par le service public de vaccination étant donné « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que, dans le cas de l'espèce, le décès du sieur Chassagnac soit dû à une *faute lourde*

---

(408) Cf. *supra*, p. 166.

(409) Comme à propos de la responsabilité des médecins des hôpitaux, les tribunaux judiciaires ont fait un abus de la notion de « faute détachable » afin de se déclarer compétents pour apprécier l'activité du médecin vaccinateur : ainsi Lyon, 12 juillet 1954. *Gaz. Pal.*, 1954.2.138.

(410) D. 1949. Somm. 46.

(411) Cf. *supra*, p. 174.

(412) *Rec.*, p. 230.

médicale ou à une faute simple dans l'organisation et l'exécution du service de nature à engager la responsabilité de l'Administration ».

Nous regrettons cette exigence d'une faute lourde médicale, comme nous l'avons regrettée à propos de la responsabilité du service public hospitalier et nous la regrettons d'autant plus, dans le domaine du service de vaccination, que, nous l'avons vu, presque toujours cet acte médical — il semble que nous puissions le qualifier ainsi selon l'optique du Conseil d'Etat dans l'arrêt du 7 mai 1952 — est *imposé* au citoyen et non pas seulement accepté par lui. Il paraîtrait donc bien légitime que, si un dommage est causé lors de l'accomplissement de cet acte, il puisse en être obtenu réparation même si la faute qui l'a occasionné n'est pas lourde.

Certains sont tellement convaincus d'un tel point de vue qu'ils vont beaucoup plus loin que de souhaiter que la responsabilité du service de vaccination soit engagée pour faute médicale légère, ils veulent qu'elle soit engagée dès qu'un dommage survient au vacciné, même si aucune faute n'a été commise dans l'accomplissement de la vaccination.

Il est bien évident que l'examen de cette théorie nous entraîne en dehors du sujet que nous nous sommes proposé d'étudier : la responsabilité du fait d'autrui, si elle n'implique aucune faute du responsable, implique indiscutablement celle d'autrui. Néanmoins, le problème de la responsabilité pour « risque » du service de vaccination a une telle importance que nous ne nous croyons pas autorisé à le passer sous silence.

Le Tribunal Administratif de Bordeaux, dans un jugement Meunier du 29 février 1956 (413), déclare : « — considérant qu'en matière d'accident causé par les services médicaux et hospitaliers, seule une faute médicale lourde ou une faute simple dans l'organisation et l'exécution du service est de nature à engager la responsabilité de l'Administration ; — considérant, toutefois, qu'en matière de vaccination, l'acte médical prend un aspect différent, en raison de son caractère obligatoire et de la nécessité sociale qui l'a imposée... — considérant que lorsque dans un intérêt social, il est exercé sur les individus des mesures de contrainte qui ont pour effet de leur causer un préjudice spécial et anormal, la responsabilité de la puissance publique est engagée en l'absence de faute... »

Nous approuvons sans réserve une telle conception et nous faisons totalement nôtres les arguments fournis à son appui par M. Auby dans la note (414) qu'il consacre, en grande partie, au commentaire du jugement précité.

Mais nous nous devons de signaler toutefois que le Conseil d'Etat n'admet pas la responsabilité, sans faute, du service de vaccination comme en témoignent, en particulier, et de façon très nette, l'arrêt du 7 mai 1952 (dame Chassagnac) et, de façon plus implicite, celui du 4 juin 1958 (Meunier) (415) : cette décision confirme le jugement du

---

(413) D. 1956.462.
(414) D. 1956.620. V. aussi note de Mme Lemasurier au D. 1962. J. 726.
(415) R.D.P.A., 1958, n° 264.

Tribunal Administratif de Bordeaux en ce qu'il reconnaît la responsabilité de la puissance publique à l'égard de la victime de la vaccination mais en fondant cette responsabilité, non sur une garantie inconditionnelle du service public, mais sur le fonctionnement défectueux de ce service, fonctionnement défectueux, déjà reconnu relativement à la même séance de vaccination à l'égard d'une autre victime par un arrêt d'Assemblée du 7 mars 1958 (416). Tout récemment encore (417), un arrêt Lastrajoli de cette haute juridiction se prononçait dans le même sens.

Ce dernier arrêt est intéressant à un autre point de vue — qui concerne davantage notre propos — en ce qu'il détermine les collectivités publiques qui doivent effectivement réparer les dommages causés par le service de vaccination. Celui-ci est organisé dans le cadre du département. Or, le Conseil d'Etat affirme dans cette décision : « considérant, d'une part, que s'il résulte des dispositions combinées des décrets des 27 juillet 1903 et 28 février 1952 que le service des vaccinations est organisé dans le cadre du *département* et présente le caractère d'un service départemental, les dispositions des articles L 5 à L 7 du Code de la Santé Publique relatives à la lutte contre les épidémies et rendant obligatoires les vaccinations antivariolique, antidiphtérique et antitétanique qui ont pour objet d'assurer, sur le plan *national*, la protection de la santé publique et sont intervenues dans *l'intérêt de l'ensemble de la collectivité nationale*, confèrent au *gouvernement* le pouvoir de déterminer les conditions dans lesquelles sont pratiquées lesdites vaccinations ; qu'en raison de *l'étroite collaboration*, instituée par le législateur en la matière, entre deux collectivités publiques et notamment du partage du pouvoir de décision opéré entre elles, la réparation de l'intégralité des conséquences dommageables des accidents, survenus au cours ou à la suite de séances publiques de vaccination, peut être poursuivie par les victimes ou leurs ayants droit *à l'encontre soit de l'Etat, soit du département*, sans préjudice du droit pour la collectivité publique ainsi poursuivie et condamnée à verser une indemnité aux victimes ou à leurs ayants droit, d'exercer, si elles s'y croit fondée, une action récursoire à l'encontre de l'autre collectivité publique sur la base des fautes imputables à celle-ci et ayant concouru à la réalisation du dommage ».

Cette détermination des responsabilités est très subtile et préserve les victimes de dommages causés par le service de vaccination du retard

---

(416) Dejous. Rec., p. 153.

(417) 13 juillet 1962. A.J. D.A. II.251.V., commentaire de cet arrêt *ibid.* 1.553, *Gaz. Pal.*, 7 au 9 nov. 1962 et note précitée de Mme Lemasurier au D. 1962 J. 726. Ce professeur remarque pour sa part que « tout en confirmant sa jurisprudence traditionnelle, le Conseil d'Etat, fidèle en la matière au régime de la responsabilité conditionnée par la faute, élargit, en faveur de la victime, les horizons de cette jurisprudence, en admettant par *présomption* que l'accident révèle un fonctionnement défectueux de nature à engager la responsabilité de la puissance publique ». Cette réflexion est peut-être plus vraie pour certains arrêts comme l'arrêt Dejous que pour l'arrêt Lastrajoli où les circonstances de la cause révélaient le mauvais fonctionnement du service.

qu'apporterait à leur indemnisation la désignation hésitante de la collectivité publique responsable.

L'examen de la responsabilité du service public de vaccination ne peut se terminer sans que soit envisagée l'hypothèse de la vaccination *facultative* pratiquée par un centre de soins public et celle de la vaccination *obligatoire* pratiquée par un médecin du secteur libre.

Il ne paraît pas contestable que, dans le premier cas, la puissance publique ne peut voir sa responsabilité engagée que pour faute et que tous les arguments qui peuvent être avancés pour une responsabilité sans faute sont sans valeur.

Dans le second cas, et parce qu'elle a institué une obligation légale de vaccination, on devrait, à notre avis, retenir la responsabilité de la puissance publique lorsque cette vaccination entraîne un dommage pour le patient, sauf, bien entendu, si le médecin du secteur libre, auquel ce patient s'est adressé, a commis une faute qui peut être considérée comme constituant la cause déterminante du dommage. En somme, le dommage que couvrirait l'Administration serait celui résultant de l'état non réceptif du patient lorsque cet état n'aurait pu être décelé par le médecin opérateur.

Mais tout cela n'est que l'expression d'un vœu. En l'état du droit, la puissance publique n'est responsable du dommage subi du fait de la vaccination que pour faute commise dans l'exécution du service de vaccination et encore pour faute lourde médicale ou pour faute simple dans le fonctionnement de ce service.

Ajoutons cependant que, comme dans le domaine de la responsabilité civile du médecin du secteur privé (418), comme dans le domaine de la responsabilité du service public hospitalier (419), la faute est, en général, présumée dans l'exécution du service de vaccination chaque fois qu'un dommage anormal se produit (420).

Au moment même de l'impression de cet ouvrage, nous voyons se réaliser, du moins en partie, dans le domaine législatif, le vœu que nous avons exprimé dans l'avant-dernier paragraphe qui précède : une loi n° 64.643 du 1er juillet 1964 (*J.O.* du 2 juillet, p. 5762) introduit dans le Code de la Santé Publique un article L. 10-1. Aux termes de ce texte : la réparation de tout dommage imputable à une *vaccination obligatoire, effectuée dans un centre agréé,* est supporté par l'Etat. Celui-ci est, s'il y a lieu, subrogé dans les droits de la victime contre les responsables du dommage.

---

(418) Cf. *supra,* p. 51.
(419) Cf. *supra,* p. 176.
(420) Cf. *supra,* note 417.

CHAPITRE TROISIÈME

RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI DANS LES ACTIVITÉS DES SERVICES DE DÉPISTAGE DES MALADIES ET DE CONTROLE MÉDICAL DES MALADIES

Certaines catégories de citoyens sont astreintes, par la puissance publique, à se soumettre à des examens médicaux soit de « dépistage », soit de « contrôle » des maladies : ainsi, y sont obligatoirement soumis les agents des administrations publiques, les membres de l'enseignement, les enfants d'âge scolaire, les étudiants des facultés, les assurés sociaux.

En quoi consistent ces examens et quel est leur but ?

Les examens médicaux de dépistage ont pour but, comme leur nom l'indique, de détecter les affections dont peuvent être atteints, sans le savoir, les sujets examinés, en particulier les affections contagieuses, tuberculose, syphilis et même celles qui ne le sont pas, déficiences cardiaques, hypo ou hypertension...

Dans la fonction publique, les examens médicaux de contrôle visent d'une part à interdire l'accès de la fonction à des personnes dont la santé pourrait nuire à leurs collègues ou entraîner des absences fréquentes et prolongées, d'autre part à prévenir l'absentéisme des agents publics en fonction. Dans le cadre des assurances sociales, les examens de contrôle visent à limiter les abus qui pourraient être faits des prestations versées, dans certaines conditions, aux assurés sociaux. Ainsi, les examens de contrôle, s'ils sont médicaux dans leur technique, sont administratifs dans leur finalité.

Ces deux sortes d'examen de dépistage et de contrôle peuvent, lorsqu'ils sont mal effectués, nuire gravement à la santé des personnes qui y sont soumises.

Des examens de dépistage superficiels, ou dont les constatations ne sont pas communiquées à l'intéressé, ne permettent pas de soigner correctement, et parfois à temps, les premières manifestations d'une maladie qui aurait pu être bénigne si le service de médecine préventive avait bien fonctionné. Des examens de contrôle pratiqués avec le souci trop poussé de limiter l'absence d'un agent de son travail ou de réduire les prestations qui sont versées à une personne au titre des assurances sociales peuvent, selon le cas, soit aggraver le mauvais état de santé de l'intéressé en le

contraignant à un retour prématuré à une vie normale, soit l'empêcher, à tort, de faire une carrière administrative.

Qui va être responsable des erreurs, des négligences ou de la mauvaise volonté éventuelle des médecins qui procèdent à ces deux catégories d'examens médicaux, et dans quelles conditions une telle responsabilité pourra-t-elle être engagée ?

*
* *

Les administrations publiques ne sont pas tenues d'organiser une médecine de « dépistage » analogue, en quelque sorte, à la médecine du travail. Il n'en est pas de même néanmoins, dans un but d'hygiène publique, pour certains services comme les établissements hospitaliers ou le service de l'enseignement, dont les membres sont, obligatoirement, soumis à des examens de médecine préventive.

Par ailleurs, dans un souci de protection de la santé de la jeunesse, la puissance publique impose des examens de même nature aux enfants d'âge scolaire et aux étudiants des facultés.

Cette médecine préventive est exercée dans les établissements hospitaliers par des médecins liés à l'Administration par contrat et dans les établissements scolaires et universitaires, sous l'autorité de médecins inspecteurs qui sont des fonctionnaires, également par des médecins engagés, par contrat, par le Ministre de l'Education Nationale.

Il est certain que l'activité dommageable de ces médecins engage la responsabilité des administrations auxquelles ils sont liés (421).

Cette responsabilité est-elle engagée quel que soit le degré d'imperfection de l'activité des médecins ?

Pour pouvoir répondre à la question, il faut considérer que cette imperfection peut présenter deux aspects, nous l'avons vu, très différents : erreur de diagnostic, non communication d'un diagnostic fâcheux à l'intéressé.

Nous avons remarqué, avec M. le Docteur Gignoux, lorsque nous avons envisagé la responsabilité personnelle du médecin du travail (422) dont le rôle est exclusivement préventif comme celui du médecin de dépistage, que la responsabilité du praticien ne peut être appréciée avec la même rigueur dans le domaine de la médecine préventive, que dans le domaine de la médecine curative ; dans l'exercice de celle-ci seulement, le praticien est guidé par les doléances de son malade et parfois par les symptômes, très apparents, de la maladie. Aussi, pensons-nous que la responsabilité de la puissance publique ne peut être engagée, et cette

---

(421) Le médecin contractuel engage, en effet, la responsabilité de la puissance publique au même titre qu'un médecin fonctionnaire. V. Encyclopédie Dalloz Droit Social, v. Médecine Sociale, n° 36 : les médecins des services publics départementaux et communaux des centres de transfusion sanguine, les médecins du service public de vaccination sont, en général, aussi des médecins contractuels.

(422) Cf. *supra*, p. 110.

fois à juste titre, que pour faute lourde commise par ses médecins dans la qualification de l'état de santé des personnes soumises aux examens de dépistage.

Par contre, si ces personnes, ou leur famille, n'ont pas été averties des manifestations pathologiques constatées chez eux par les médecins du service de dépistage, la responsabilité de la puissance publique doit être engagée pour la faute la plus légère qui ait pu être commise dans une activité du service, activité à la lisière du domaine médical et du domaine administratif puisqu'elle constitue le complément nécessaire du diagnostic bien qu'elle en soit distincte.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 15 juin 1955 (Courtial) (423) s'est prononcé en ce sens. M. le Commissaire du Gouvernement Heumann a fait remarquer, très justement, dans ses conclusions que la puissance publique ne pouvait opposer, à la demande de réparation présentée par le père de la jeune victime, le devoir qu'avait celui-ci de veiller, lui-même, sur la santé de son enfant : « ... la faute commise a induit le requérant en erreur lui faisant croire que l'examen radiologique n'avait rien révélé de fâcheux ou d'anormal et créant dans son esprit un sentiment de sécurité. Pensant que son enfant était, d'après cet examen, indemne de toute affection, le requérant a pu, légitimement, se dispenser de faire subir, à la même époque, un nouvel examen chez un médecin de son choix. La faute du service public a, ainsi, nui à l'accomplissement normal par le père du jeune Courtial de son devoir de surveillance de l'état de santé de son fils... » Un arrêt récent de la même haute juridiction en date du 6 avril 1962 (424) confirme la jurisprudence Courtial.

Il est à remarquer qu'à côté des victimes directes du mauvais fonctionnement du service médical préventif, les personnes qui auraient été contaminées par un sujet dont la maladie aurait dû être dépistée par le service de médecine préventive, pourraient rechercher la responsabilité de ce service.

Si, d'autre part, un dommage corporel immédiat était causé à une personne soumise obligatoirement à un examen de dépistage dans un but d'intérêt général l'Administration devrait, à notre avis, en être déclarée responsable sans qu'aucune faute de sa part n'ait à être démontrée en considération de la rupture d'égalité des citoyens devant les charges sociales causée, ainsi, au détriment de l'intéressé (425).

---

(423) D. 1955.790.

(424) Charrier ; *Gaz. Pal.*, 7 au 9 nov. 1962.

(425) Cf. M. Waline Droit Administratif 9e éd., § 868, sur le fondement de la responsabilité sans faute de la puissance publique : « C'est ce que M. Mazeaud résument en disant : « Il s'agit de savoir si un seul citoyen, la victime, supportera la charge du fonctionnement du service qui l'a lésé ou si tous les citoyens représentés par l'Etat participeront à cette charge... Il y a là un problème de répartition des charges publiques, d'égalité des individus devant les charges publiques. » C'est là le fondement des responsabilités, sans faute en droit administratif... : « *Il faut arriver à annuler les effets d'une rupture injuste de l'égalité devant les charges publiques, rupture injuste mais qui n'est pas une faute, parce que l'intérêt public avait commandé la mesure génératrice de ce préjudice.* » M. Waline ajoute, plus

L'admission aux emplois publics est subordonnée à l'examen de l'im pétrant par un médecin de l'administration.

D'autre part, les fonctionnaires et agents publics ont droit, en cas de maladie ou d'incapacité de travail, dûment constatée par le médecin traitant, à un congé de maladie avec l'intégralité de leur traitement pendant quelques mois, puis une fraction de ce traitement pendant les mois suivants, mais cela sous réserve du contrôle de l'Administration par un médecin assermenté.

Si le médecin de l'Administration, trop préoccupé de l'intérêt qu'a la collectivité publique à ne pas verser un traitement à un agent inactif, déclare ce dernier en bonne santé ou prématurément guéri et apte à reprendre le travail et s'il aggrave ainsi l'état de santé de l'agent, ou si ce médecin déclare, à tort, une personne désireuse de devenir agent public, inapte à l'être, l'Administration qui a imposé ce contrôle à son agent ou à cette personne doit répondre de l'erreur commise par son médecin.

Répondra-t-elle de l'erreur légère ou, seulement, de l'erreur grave de ce médecin ? Pour notre part, nous souhaiterions qu'elle réponde même de son erreur légère ; en effet, dans l'hypothèse où le médecin exerce un contrôle sur l'octroi ou la prolongation d'un congé de maladie, il ne se trouve pas dans la situation du médecin préventif qui examine le sujet sans point de repère ; il connaît la maladie dont prétend souffrir, souffre ou vient de souffrir l'agent et il est en mesure, dans les mêmes conditions qu'un médecin du secteur libre, de se rendre compte si cette maladie est inexistante, toujours en cours ou terminée ; dans l'hypothèse où le médecin examine une personne désirant rentrer dans la fonction publique, il paraît peu concevable d'apprécier avec indulgence la responsabilité d'un praticien qui constate, à tort, des symptômes d'une maladie de nature à interdire l'accès d'une profession.

Il faut reconnaître, de toute façon, qu'il doit être bien rare que des dommages soient causés par l'activité des médecins contrôleurs de l'Administration car des comités médicaux, composés de divers spécialistes recevant tous documents utiles et pouvant procéder à des enquêtes, donnent leur avis lorsque les conclusions des médecins sont contestées par l'intéressé.

Il doit être assez rare également que les contrôles médicaux périodiques imposés par la Sécurité Sociale « en cas d'affection de longue durée et en cas d'interruption de travail ou de soins continus supérieurs à six mois » (426) créent des dommages à ceux qui y sont soumis. En effet, ces contrôles doivent être effectués « conjointement par le médecin traitant et le médecin conseil des assurances sociales en vue de déter-

---

loin p. 891 : « Le principe de la responsabilité sans faute est du reste appliqué en dehors des cas précis que nous avons étudiés : *il l'est toutes les fois qu'il y a rupture de l'égalité devant les charges publiques.ce qui peut se présenter en dehors des hypothèses classiques envisagées aux sections précédentes.* »

(426) Art. L. 293 du Code de la Sécurité Sociale.

miner le traitement que l'intéressé doit suivre si les soins sont dispensés sans interruption (427). Lorsque ces praticiens sont en désaccord, les traitements et mesures à suivre par l'assuré sont prescrits par « un expert désigné par eux ou à défaut par le directeur départemental de la santé sur une liste établie par lui, après avis du ou des syndicats professionnels intéressés et du conseil d'administration de la caisse régionale de sécurité sociale » (426). L'avis de l'expert ne peut être l'objet d'aucun recours.

S'il advenait, malgré ces garanties, ce qui paraît assez improbable, que le traitement de l'assuré ait été mené incorrectement ou ait été prématurément arrêté, contre qui la victime du dommage, subi de ce fait, pourrait-elle recourir ?

Le Sécurité Sociale est un service public géré par des caisses de sécurité sociale, organismes privés, et par un établissement public, la Caisse Nationale de Sécurité Sociale.

« Un service du contrôle médical de la sécurité sociale est institué auprès de chaque caisse primaire » (427).

Nous nous trouvons donc dans le cas de nous demander qui est responsable du service de contrôle médical d'un organisme privé gérant un service public.

Il semble que la réponse soit simple : c'est l'organisme auprès duquel ce service fonctionne qui en est responsable.

Mais en application de quels principes juridiques cette caisse va-t-elle être amenée à réparer le dommage causé par son service de contrôle ?

La Cour de Cassation a décidé (428) que l'action en responsabilité, intentée par un assuré social, contre un organisme de sécurité sociale, en raison d'une faute commise par celui-ci, échappe à la compétence des commissions de contentieux de la Sécurité Sociale. Cette action reposerait, en effet, sur les articles 1382 et suivants du Code Civil et non sur la législation particulière de Sécurité Sociale. Cette décision (429), très contestée (430) en ce qu'elle limite la compétence des commissions spéciales du contentieux de la Sécurité Sociale par rapport aux juridictions de droit commun — problème qui ne concerne pas notre propos, au moins pour l'instant — pose un principe qui retient notre attention en notre domaine, à savoir la possibilité pour une caisse de Sécurité Sociale de voir sa responsabilité engagée sur le fondement des règles de la responsabilité quasi-délictuelle du droit privé.

Certes, cette caisse est un organisme de droit privé mais gérant un service public et, comme le remarque un arrêt de la Cour de Rouen du 13 décembre 1955 (431), jouissant, à cet effet, des prérogatives qui

---

(427) Art. 2, aliéna 2 du Décret n° 60.453 du 12 mai 1960 relatif au contrôle médical du régime général de sécurité sociale.

(428) Rapporté par MM. A. Rouast & P. Durand. *Précis* Dalloz de Sécurité Sociale, 1958, p. 178.

(429) Cass. 7 fév. 1957. J.C.P. 1957.9898.

(430) M. Rouast : L'action en dommages-intérêts pour faute d'une caisse et les commissions de Sécurité Sociale. *Droit social*, 1957, p. 303 et s.

(431) J.C.P. 1956.2.9027.

n'appartiennent qu'à la puissance publique. Nous reconnaissons que cette décision n'est pas relative à notre sujet même, mais à un conflit entre un employeur et la caisse au sujet de l'élévation abusive du taux des cotisations. Néanmoins, il nous semble que les affirmations de la Cour de Rouen peuvent être appliquées par analogie au litige éventuel entre un assuré, victime de l'activité d'un médecin-conseil, et la caisse. Cette juridiction déclare que les tribunaux judiciaires sont incompétents pour connaître des prétendues fautes reprochées aux caisses par des employeurs — nous pourrions dire des assurés — dès lors que celles-ci, à les supposer établies, auraient été commises dans la gestion d'un service public. La Cour de Rouen ajoute que, d'autre part, les rapports entre les employeurs — nous pourrions dire les assurés — et les caisses dont ils relèvent ne sont pas des rapports de droit privé, qu'ils ont leur origine dans une disposition impérative d'une loi d'ordre public et n'ont été imposés qu'en vue d'assurer l'exécution d'un service public.

Cet arrêt de la Cour de Rouen a été rendu sur les conclusions de M. l'Avocat Général Charbonnier dont nous reproduisons quelques extraits ; à eux seuls, ils justifient la décision précitée que nous approuvons entièrement : « ... le procès se résume à ceci : une action en responsabilité quasi-délictuelle contre un organisme privé, chargé d'un service public, c'est-à-dire encore une action en responsabilité contre une personne morale privée, chargée d'un service public. Or, s'il s'agissait d'une action en responsabilité contre une personne physique, chargée d'un service public, la compétence de l'autorité judiciaire ne saurait être retenue que si la faute du défendeur était une faute personnelle détachable de sa fonction... que l'action soit engagée non contre une personne physique, mais contre une personne morale, comme en notre espèce, ne nous paraît pas constituer une différence susceptible de faire écarter cette règle. Or, la faute invoquée par les demanderesses » — telle serait celle du médecin-conseil — « est absolument indétachable des fonctions des caisses, puisque c'est précisément une partie de leur gestion du service public qui est critiquée... Et ce raisonnement nous conduit... à conclure à l'incompétence des tribunaux de l'ordre judiciaire par conséquent de votre Cour... »

Nous concluons donc, pour notre part, dans l'optique de M. l'Avocat Général Charbonnier et de la Cour de Rouen, que la responsabilité d'une caisse primaire de Sécurité sociale, du fait de son service de contrôle médical, est engagée à l'égard de l'assuré suivant les règles de la responsabilité du service public.

On peut remarquer que la conception de M. l'Avocat Général Charbonnier et de la Cour de Rouen coïncide avec celle que se fait M. Savatier, à propos du « service public de transfusion sanguine » (432), de la responsabilité d'un organisme privé gérant un service public.

Quel est le degré de gravité de la faute du service de contrôle médi-

---

(432) Cf. *supra*, p. 190 et s.

cal, nécessaire pour engager la responsabilité de la caisse ? Nous pensons — toujours dans une perspective d'unification des responsabilités médicales des secteurs privé et public, et compte tenu de ce que le rôle du médecin-conseil n'est pas préventif — que cette responsabilité devrait être engagée pour faute même légère de ce médecin.

Nous ne songeons pas, en revanche, à suggérer, comme nous l'avons fait pour la médecine de dépistage, une responsabilité sans faute du service public de sécurité sociale dans le fonctionnement du contrôle médical, car c'est volontairement que, pour toucher ses prestations, l'assuré se soumet à ce contrôle. Le service public de Sécurité Sociale fonctionne d'ailleurs exclusivement au profit des assurés.

Quant à la détermination de la juridiction compétente pour apprécier la responsabilité d'une caisse de Sécurité Sociale, envers un assuré, nous hésitons à suivre, sur ce point, M. l'Avocat Général Charbonnier qui désigne les tribunaux de l'ordre administratif. En effet, nous pensons pour notre part, avec M. Rouast (433), que l'action en réparation d'un préjudice causé à un assuré par une caisse de Sécurité sociale rentre dans le cadre des « différends auxquels donne lieu l'application des législations et réglementations de Sécurité Sociale... et qui ne relèvent pas, par leur nature, d'un autre contentieux » (434), différends dont l'appréciation est confiée au contentieux général de la Sécurité Sociale.

En application de la jurisprudence de l'arrêt Giry (Cass, Civ. 23 nov. 1956) (435), les juridictions spéciales de la Sécurité Sociale, qui relèvent de l'ordre judiciaire (436), seront fondées à apprécier la responsabilité de la puissance publique, telle qu'elle se dégage de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

(433) *Loc. cit.*

(434) Article L. 190 du Code de Sécurité Sociale.

(435) J.C.P., 1956.2.9681, note Esmein. D. 1957, p. 34, concl. Lemoine : *Rev. Droit Public*, 1958 304, note Waline, adoptant la théorie de M. Vedel exprimée à l'occasion de la même affaire (note sous Trib. Civ. Seine, 5 déc. 1952. J.C.P., 1953.2.7371).

(436) Ces juridictions qui sont présidées par un magistrat judiciaire voient l'appel de leurs décisions porté devant la Cour d'Appel (art. 7, Titre 1er du décret, n° 58.1291 du 22 décembre 1958).

Chapitre Quatrième

RESPONSABILITÉ DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI DANS LE DOMAINE DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE

Fréquemment, les juges sont conduits, au cours de la procédure, à désigner des médecins-experts dans le but d'obtenir les renseignements techniques qui leur sont nécessaires pour pouvoir se prononcer en connaissance de cause.

Pour exécuter leur mission, ces médecins sont amenés à faire subir un examen médical aux personnes qui sont soumises à l'expertise.

Si cet examen médical est mal effectué par l'expert, deux sortes de dommages peuvent en résulter : des décisions préjudiciables aux intéressés peuvent être prises sur des rapports d'expertise erronés ; un préjudice corporel peut être causé à une personne lors de l'examen médical lui-même.

La première catégorie de dommage n'engage, selon certains, aucune responsabilité à la charge de qui que ce soit : en effet, l'expert ne donne qu'un simple avis qui est soumis à l'appréciation du juge et peut être critiqué et discuté par les parties (437). Mais il faut reconnaître qu'il est très difficile, en fait, à un juge ou à des parties de faire la part de la négligence d'un technicien dans l'appréciation d'un rapport d'expertise. Si cette négligence arrivait à être prouvée, il serait donc légitime que le préjudice qu'elle aurait causé en induisant le juge en erreur fût réparé (438) : la preuve de la négligence de l'expert sera toujours difficile à faire ainsi que, dans une certaine mesure, celle selon laquelle c'est l'avis de l'expert qui a entraîné la décision du juge.

En revanche, il ne peut être contesté que le dommage corporel que peut causer l'expert à la personne soumise à expertise médicale doive nécessairement être réparé.

Qui va réparer ces préjudices ? Peut-il y avoir lieu, en l'espèce, à responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui ?

---

(437) En ce sens : Encyclopédie Dalloz de Procédure Civile et Commerciale, V° Expertise n° 257 et l'arrêt qui y est cité de la Cour de Lyon, 14 janvier 1931. D.P. 1931.2.125, note Minvielle.

(438) En ce sens : MM. Mazeaud & Tunc, *op. cit.*, t. I, § 515.3 et les références citées en note.

On peut être surpris que nous qualifions de « médicale » l'activité du médecin expert, alors que nous avons écrit au début de notre étude (439) que l'activité médicale était constituée par « tout acte que personne ne songerait à accomplir au profit d'un individu bien portant et qui a un but curatif direct et, également, tout acte de nature à révéler ou prévenir un état pathologique ». Or, si l'expertise médicale peut tendre à révéler aux juges, dans toute sa précision, l'étendue de l'état pathologique de la victime d'un accident par exemple, elle peut tendre aussi à révéler un taux excessif d'alcool dans le sang de l'auteur d'un accident de la circulation, ou l'absence de lien de filiation entre une personne et celle soumise à expertise médicale. Si bien que l'on ne peut dire que l'activité du médecin-expert rentre en sa totalité dans la définition que nous avons proposée de l'activité médicale. Mais si nous avons adopté une telle définition parce qu'elle nous paraissait assez courante et générale pour cadrer avec l'ensemble des activités à propos desquelles nous avions l'intention d'envisager le mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui, nous ne la considérons pas comme intangible. Nous aurions scrupule à écarter de notre étude, en invoquant ce concept, l'activité du médecin-expert qui requiert indubitablement des connaissances, une expérience et une pratique médicales solides.

Ceci étant posé, nous pouvons remarquer que, lorsqu'il exécute sa mission, le médecin-expert participe à l'exécution du service public de la justice.

Or, tous ceux qui participent, ne serait-ce qu'occasionnellement, à l'exécution d'un service public, engagent par leur activité la responsabilité de la puisasnce publique. C'est ainsi — pour rester dans le domaine médical — que le médecin requis par l'autorité publique, s'il cause un dommage à un tiers, n'engage sa responsabilité personnelle que s'il a commis une faute personnelle, détachable du service ; dans le cas contraire, la responsabilité est supportée par l'Administration seule (440).

Aussi pensons-nous que, de même, le médecin-expert engage la responsabilité du service de la justice et l'engage suivant les règles ordinaires de droit public régissant la responsabilité de l'Etat du fait de ses collaborateurs : le médecin-expert ne répond personnellement que des fautes détachables de sa fonction (441), la puissance publique répondant soit seule, soit à ses côtés, des fautes non dépourvues de tout lien avec le service (442).

Il ne serait pas nécessaire, à notre avis, que ces fautes, pour engager la responsabilité de la puissance publique, fussent lourdes même lorsqu'elles sont exclusivement du domaine médical, car la tâche du médecin-

---

(439) Cf. *supra*, p. 52.

(440) V. Encyclopédie *Droit Social*, V° Médecine Sociale, art. 4 : réquisition de médecins et MM. Savatier, Auby & Pequignot, *op. cit.*, p. 423.

(441) Il faut noter que la procédure de prise à partie de l'article 505 du Code de procédure Civile ne peut être applicable à un expert qui n'est pas un juge et ne peut pas être assimilé à un juge.

(442) MM. Mazeaud & Tunc, pour leur part, n'envisagent que la responsabilité

expert est définie par la décision ordonnant l'expertise, ce qui circonscrit ses investigations.

Il faut signaler que l'expert n'étant pas un agent public se trouvant dans une situation statutaire, l'Etat dont la responsabilité a été engagée par sa faute ne peut recourir contre lui sur la base de la jurisprudence Laruelle (443).

Nous ne pouvons songer à voir engager la responsabilité de l'Etat, sans faute, pour tout dommage causé par l'expert au sujet soumis à expertise, comme en matière de médecine préventive. En effet, ce sujet n'y est soumis que parce qu'il présente une demande en justice ou parce qu'il a causé un dommage.

L'activité du médecin-expert près les tribunaux judiciaires se rattache, indiscutablement, au « fonctionnement » du service judiciaire. Or, les litiges concernant ce « fonctionnement » relèvent — à la différence de ceux concernant « l'organisation » de ce service — de la compétence des tribunaux judiciaires (444) ; ce sont ces juridictions qui devront apprécier la responsabilité de l'Etat du fait du médecin-expert près les tribunaux judiciaires. Nous avons vu, lorsque nous avons envisagé la compétence des commissions de contentieux de la Sécurité Sociale relativement à la responsabilité des Caisses (445) que, depuis l'arrêt précité de la Cour de Cassation du 23 novembre 1956 (Dr Giry), il était admis que les tribunaux judiciaires pouvaient apprécier la responsabilité de l'Etat selon les règles de droit public, élaborées par le Conseil d'Etat, ce qui est le cas relativement à la responsabilité de la puissance publique du fait de l'expert judiciaire. Certes, cette décision de la Cour Suprême avait trait à la responsabilité sans faute de l'Etat à l'égard d'un collaborateur de la justice, mais il n'est aucune raison pour ne pas adopter la même solution pour des litiges basés sur la responsabilité de l'Etat pour faute d'un collaborateur de la justice, sauf, bien entendu, les cas de prise à partie.

On ne peut être que confirmé dans cette idée si l'on considère que les juridictions administratives désignent aussi, quoique assez rarement, des experts dont la puissance publique répondra, éventuellement, toujours selon les règles de droit public de la responsabilité de l'Etat, mais devant ces mêmes juridictions administratives. Il est donc au plus haut point souhaitable que les tribunaux judiciaires, auxquels ne peut échapper un procès relatif au « fonctionnement » du service judiciaire, puissent appliquer à un même litige les mêmes règles de droit que les tribunaux administratifs.

Il y a ainsi unité dans la détermination de la responsabilité de l'Etat du fait des experts près les tribunaux.

---

personnelle de l'expert suivant le droit civil commun, *op .cit.*, § 515-3 et références citées en note.

(443) Cf. *supra*, p. 33.

(444) V. T.C. 27 nov. 1952. Préfet de la Guyane, J.C.P., 1953.2.7598, note Vedel.

(445) Cf. *supra*, p. 208 et s.

Chapitre Cinquième

RESPONSABILITÉ DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI DANS LE DOMAINE DE L'EXPERTISE EN MÉDICAMENTS NOUVEAUX

L'article L 601 du Code de la Santé Publique dispose, en son alinéa 2, qu'« aucune spécialité ne peut être débitée, à titre gratuit ou onéreux, si elle n'a reçu, au préalable, le visa délivré par le ministre chargé de la santé publique...

« Il (le visa) n'est accordé à la spécialité pharmaceutique que lorsque le fabricant justifie :

1°) qu'il a fait procéder à la *vérification de l'innocuité du produit dans les conditions normales d'emploi* et de son intérêt thérapeutique ainsi qu'à son analyse qualitative et quantitative... »

L'article L 605 du même Code précise que doit figurer, obligatoirement, dans les justifications à fournir à l'appui des demandes de visa, « *la vérification, par des experts choisis par le fabricant sur des listes d'experts agréés par le ministre, des propriétés visées à l'article* L 601 *ci-dessus* ».

Les experts sont groupés en trois sections selon leurs disciplines : analystes, pharmacologues-toxicologues, cliniciens de diverses spécialités. Cette répartition des experts correspond à l'exigence qui est imposée aux fabricants de médicaments désireux d'obtenir un visa, de produire des rapports d'expertise, élaborés après des essais, analytique, toxicologique et biologique, enfin clinique.

L'essai analytique a pour objet de vérifier que le médicament est conforme à la formule annoncée et que les techniques prévues par le fabricant permettent un contrôle satisfaisant.

L'essai toxicologique et biologique a pour objet l'appréciation de la toxicité du produit chez l'animal et la vérification des propriétés pharmacologiques, afin de permettre l'utilisation du médicament en médecine humaine avec le maximum de sécurité.

L'essai clinique a pour objet la vérification de l'intérêt thérapeutique du médicament, défini par une instruction du 9 décembre 1960 « comme la qualité d'un médicament qui, sans présenter nécessairement un progrès thérapeutique général, peut permettre aux cliniciens, dans certains cas d'espèce, d'améliorer l'évolution de la maladie ou posséder

une valeur préventive ou de diagnostic ». L'essai clinique ne peut être entrepris qu'après remise aux cliniciens des essais effectués par les experts analystes et pharmacologues-toxicologues (446).

De façon concrète, disons que l'essai clinique est un essai effectué sur l'homme. Cette simple phrase révèle, sans qu'il soit besoin de s'appesantir, la gravité de la dernière étape de la tâche impartie aux experts en médicaments nouveaux.

Il est bien évident que c'est cette étape qui va retenir notre attention dans la perspective de notre étude sur la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui. Le mécanisme d'une telle responsabilité est-il amené à jouer si un dommage est causé à des êtres humains au cours des essais cliniques et, dans l'affirmative, sous quelle forme va-t-il jouer ?

*
* *

Avant d'aborder cette question même, il faut se demander si, étant donné les conditions dans lesquelles l'essai clinique est effectué, celui-ci peut entraîner la responsabilité d'un médecin-expert.

Aucune disposition légale, civile ou pénale, ne prévoit l'essai de médicaments. Cette lacune est extrêmement regrettable car, au nom du même principe éthique, la protection de la personne humaine, juristes et médecins sont divisés quant à la conception de la responsabilité du médecin qui procède sur l'homme à des essais de médicaments.

Ce n'est pas que les médecins, aveuglés par l'ardeur de la recherche, méconnaissent l'extrême gravité du problème moral qui se pose à eux en la matière. Il suffit, pour s'en convaincre, de prendre connaissance de ce qu'a rapporté sur « l'éthique de l'expertise en médicaments » M. le Dr Jean Cheymol, professeur de pharmacologie à la Faculté de Médecine de Paris, dans une conférence qu'il a prononcée aux « Journées Pharmaceutiques Françaises », le 29 septembre 1959, intitulée « L'expert en matière d'essai de médicaments, son rôle et les limites de son pouvoir » (447).

Mais si les juristes ont tendance à reprocher aux médecins toute audace — encore plus s'il s'agit d'un essai de produit — exigeant d'eux des « soins conformes aux données *acquises* de la science », les praticiens déclarent (448), qu'alors qu'on leur tient rigueur d'un essai thérapeutique inhabituel et non de n'avoir rien fait quand la science *acquise* est impuissante « il faut le dire bien haut, il y a plus de morts par omission que par témérité » !

En fait, ces points de vue opposés, aussi généreux l'un que l'autre, ne peuvent être conciliés car les juristes représentés par les juges ont

---

(446) Tous ces renseignements nous ont été obligeamment communiqués par la Chambre Syndicale Nationale des Fabricants de Produits Pharmaceutiques.

(447) Editée par la Chambre Syndicale Nationale des Fabricants de Produits Pharmaceutiques, 88, rue de la Faisanderie, Paris, (XVI^{e}).

(448) Par la voix du Dr Cheymol, p. 37, note 1, de l'édition.

toujours pour mission de faire obtenir réparation de la témérité dommageable, même si cette témérité était inspirée par le sentiment le plus élevé. Voici une comparaison que l'on qualifiera peut-être de grossière mais qui démontre que nécessité ne peut faire toujours loi : lorsqu'un chauffeur d'ambulance conduit sa voiture à une allure démentielle parce qu'il transporte un malade dont les chances de survie sont proportionnelles à la célérité avec laquelle il sera soigné et lorsque ce chauffeur cause, par un excès de vitesse, un accident dans lequel le malade est gravement blessé, il lui en sera, malgré l'urgence, demandé réparation, à lui ou au centre de soins dont il dépend.

C'est ainsi que doit être approuvée la formule de M. Péquignot, d'ailleurs citée par M. le Dr Cheymol (449). « L'expérimentation n'a d'autres limites de sécurité que celles qui proviennent du fait qu'elle est exécutée en engageant la responsabilité totale de celui qui l'a faite. »

Le principe de la responsabilité personnelle du médecin-expert en médicaments étant admis, quelle va être, sur le plan civil, la faute de nature à engager la responsabilité de ce praticien dans une tâche qu'il faut reconnaître des plus délicates et des plus indispensables malgré le danger qu'elle comporte.

L'essai des médicaments nouveaux se pratique sur deux catégories de personnes qui doivent toutes donner, en principe, leur consentement éclairé à l'essai.

Il s'effectue tout naturellement sur des malades pour qui le médicament essayé correspond au traitement logique de la maladie. M. le Dr Cheymol (450) affirme que « dans ce cas, l'intérêt thérapeutique pour le sujet est certain (même s'il n'y a pas guérison) et le risque rentre dans le contrat tacite médecin-malade ». Cette affirmation a besoin d'être précisée. C'est ainsi que M. le Professeur G. Brouet, expert phtisiologue, nous disait un jour se faire une conception diversifiée du droit moral qu'a un médecin de procéder aux essais d'un médicament sur un malade dont l'affection correspond, pourtant, aux propriétés de ce médicament ; pour cet éminent praticien, lorsqu'il s'agit d'essayer des médicaments qui ont pour but le traitement d'une maladie jusqu'alors presque incurable, l'initiative du médecin-expert peut être illimitée. Mais il n'en est pas de même lorsque le médicament à essayer a pour but l'amélioration du traitement actuel et partiellement satisfaisant d'une maladie. Le médecin-expert doit, en ce cas, mettre en balance, d'une part, l'aléa de l'expertise et, d'autre part, les chances plus ou moins grandes que le malade a de guérir ou de voir son état s'améliorer par l'effet de la technique actuelle. L'essai du médicament nouveau ne doit être fait que si l'aléa de l'expertise est moindre que le risque qu'en l'état actuel le malade court de ne pas voir améliorer son état.

De sa chaire de thérapeutique à la Faculté de Médecine de Paris,

---

(449) P. 45 de l'édition.
(450) P. 44 de l'édition.

M. le Professeur Brouet, en une formule concise et pleinement rassurante pour la sauvegarde des malades, expliquait, en ce sens, à ses étudiants lors de sa leçon inaugurale, le 6 novembre 1957 (451) : « ... Tout médicament comporte... la nécessité d'essais cliniques. Je dis bien « essais cliniques » et non expérimentation qui, par définition, n'a pas sa place chez l'homme. Ce qui est autorisé c'est l'essai de produits que l'expérimentation a montré capables d'apporter une amélioration à nos moyens de guérir dans des conditions de risques apparemment nuls ou minimes. »

Ainsi envisagé, l'essai des médicaments nouveaux ne devrait pas entraîner de dommages ni fréquents ni graves : la responsabilité de l'expert ne devrait être engagée que rarement et encore arrive-t-on à se demander si elle pourrait l'être.

Est-il possible, en effet, de taxer un médecin de témérité s'il hâte, involontairement, la fin d'un malade incurable en essayant de le sauver par l'emploi d'un médicament à l'essai ? Certainement non.

Peut-on reprocher à l'expert de ne pas avoir obtenu le consentement de ce malade alors que, pour l'obtenir, il fallait l'aviser de son état désespéré ? Certainement non.

En revanche, il est plus concevable de rechercher la responsabilité de l'expert si, contre toute attente, les aléas de l'essai du médicament nouveau sur un malade curable l'ont emporté sur les chances que ce malade avait de guérir au moyen de la technique actuelle. L'imprudence du médecin alléguée par la victime ou ses ayants-cause pourrait, toutefois, être discutée et ramenée par le juge aux justes proportions d'une initiative légitime qui n'a pas réussi. Même dans l'emploi de la technique actuelle, il y a place pour les échecs. M. le Professeur Brouet faisait très justement remarquer, au cours de la même séance inaugurale dont nous venons de citer un extrait : « Prescrire un médicament est toujours, à quelque titre, procéder à un essai clinique. C'est l'adapter à la maladie du malade avec la nécessité de surveiller l'efficacité, la tolérance, la toxicité qui varient d'un cas à l'autre avec une constante part d'imprévisibilité... »

Cependant, il pourrait être reproché au médecin-expert de ne pas avoir obtenu d'un malade, probablement curable par la technique actuelle, son consentement à l'essai d'un médicament nouveau.

L'essai de médicaments nouveaux sur l'homme peut s'effectuer aussi sur des patients chez lesquels le médicament ne correspond pas au traitement logique de la maladie ou sur des hommes sains, ces deux groupes de personnes devant être constitués, uniquement, de volontaires, parfaitement conscients des risques (452) qu'ils courent en se soumettant aux essais; le consentement de ces personnes est encore plus indispensable

---

(451) *Presse Médicale*, 1958.66.79-83.

(452) Ceux-ci doivent être de faible importance : v. règles de Nuremberg (19-20 août 1947), sans valeur juridique il est vrai, citées par M. le Dr Cheymol, p. 12 de l'édition.

à obtenir — et plus aisé à éclairer — que celui des malades pour lesquels l'essai correspond au traitement de leur maladie.

L'on peut se demander dans quelle mesure, par leur consentement, ces personnes ne se retirent pas le droit de demander réparation civile (453) du dommage qui peut leur être causé, sauf à elles à prouver la faute caractérisée du médecin-expert consistant non dans le fait d'essayer, avec trop de hardiesse, le médicament — puisque cet essai a été accepté — mais de l'essayer sans diligence et même avec insouciance.

En définitive, le médecin-expert en médicaments nouveaux ne peut encourir une responsabilité, comme tout médecin qui essaie une technique, que s'il ne demande pas le consentement du patient curable ou de l'homme sain, sur lequel il pratique, s'il ne pèse pas les aléas de l'essai en regard, soit des chances de guérir que le malade possède en dehors de l'essai, soit du bénéfice que de futurs malades peuvent tirer de l'essai sur un homme bien portant, enfin s'il ne procède pas à l'essai avec le maximum de conscience et de soins.

Lorsque le visa et l'autorisation de débit auront été accordés au médicament, est-il possible, si ce médicament cause des dommages que la responsabilité de l'expert en médicaments soit recherchée ? Elle ne pourrait l'être, à notre avis, que s'il était prouvé que les essais pratiqués par celui-ci n'ont pas été consciencieusement effectués et non par le seul fait qu'il y a eu dommage. En effet, il ne faut pas oublier que certaines réactions aux médicaments n'apparaissent, parfois, qu'une dizaine d'années après l'absorption de ceux-ci et qu'elles sont totalement imprévisibles.

***

Comme nous avons pu le constater au cours de notre étude de la responsabilité du fait d'autrui, ce mécanisme juridique ne peut être envisagé avant que l'ait préalablement été, en matière contractuelle, celui de la responsabilité personnelle de l'éventuel responsable du fait d'autrui, en matière extracontractuelle, celui de la responsabilité personnelle de l'éventuel « autrui ».

Nous venons de considérer, en étudiant la responsabilité personnelle du médecin-expert, à la fois la responsabilité de l'éventuel responsable

---

(453) Il est bien certain que, sur le plan pénal, le consentement de ces personnes ne pourrait faire disparaître la responsabilité du médecin-expert pour coups et blessures. « Il faut poser le principe absolu qu'un être humain n'a pas le droit de se détruire, ni de détruire sa santé ou son organisme, même au profit de la science. » (H. Baruk. Exposé de titres 1950-1954, cité par M. le Professeur Cheymol. *Loc. cit.*, p. 56). V. sur le droit de la personne soumise à essai, même avec son consentement, de demander, sans restriction, réparation civile du préjudice par elle subi, l'opinion de Me J. Loup in Vaille C., Giraud M. Thérapeutique et responsabilité. *Bull. Information Ministère Santé Publique et Population* (1959), n° 2, pp. 17-115, cité par le Dr Cheymol. *Loc. cit.*, p. 54. V. aussi MM. Mazeaud & Tunc, *op. cit.*, t. II, § 148 et s.

et celle de l'éventuel « autrui » ; nous allons, en effet, rechercher si le médecin-expert peut être responsable du fait d'autrui ou si quelqu'un peut être responsable du fait du médecin-expert.

Il est bien certain que le médecin-expert est amené à se faire assister de collaborateurs lors de ses essais de médicaments.

S'il procède à ses essais sur des malades auxquels il est lié par contrat, le médecin-expert répondra de ses collaborateurs, médecins ou non-médecins, dans la mesure où sa propre responsabilité pourrait être engagée.

La responsabilité délictuelle du médecin-expert, du fait de ses collaborateurs, ne diffèrera point de celle qu'il peut encourir dans l'exercice ordinaire de sa profession de médecin : pas de responsabilité du fait de ses confrères, responsabilité pour faute de ses subordonnés, lesquels ne peuvent en avoir commis en fait que dans l'exécution de tâches banales.

Si le médecin-expert procède à ces essais, en tant que médecin des hôpitaux, sur des malades des hôpitaux publics, il n'engagera que sa responsabilité personnelle à l'égard du malade et il ne l'engagera que pour faute détachable du service : l'essai d'un médicament qui ne serait pas pratiqué dans les conditions que nous avons définies pourrait constituer une telle faute.

Il faut remarquer qu'étant donné que l'expert clinicien ne doit effectuer ses essais qu'après avoir pris connaissance des rapports des experts analytiques et des experts toxicologues-pharmacologues, si ces rapports sont erronés, les réflexions de l'expert clinicien, préalables à sa décision d'effectuer un essai, vont être faussées. Or, comme en cas d'accident causé à un malade par un essai de médicaments, on ne découvrira pas tout de suite que les rapports des experts analytiques et des experts pharmocologues-toxicologues étaient erronés, l'expert clinicien répondra pour eux, en l'état des preuves recueillies et non pas par le jeu de la responsabilité du fait d'autrui — des erreurs qu'ils ont commises, quitte à faire établir, par la suite, les véritables responsabilités et à se retourner contre ceux qui en auront été chargés.

Quelqu'un peut-il être responsable de l'expert en médicaments ?

Le service hospitalier répond de l'expert en médicaments qui pratique ses essais en tant que médecin des hôpitaux publics à condition que les fautes qu'il a commises ne soient pas dépourvues de tout lien avec le service.

Le fabricant peut-il être responsable de l'expert ? Le fabricant ne peut être responsable de celui-ci mais bien plutôt du médicament, c'est-à-dire qu'il peut être responsable non du fait d'autrui, mais du fait d'une chose qu'il lance sur le marché. C'est en ce sens que l'article L. 601 du Code de la Santé Publique dispose, dans son dernier alinéa : « L'accomplissement des formalités prévues au présent article (celles nécessaires pour obtenir le visa) ne fait pas obstacle à la responsabilité encourue dans les conditions du droit commun par le fabricant du fait de sa fabrication. » Sans doute, le fabricant est-il responsable également de sa fabrication pendant les essais. Cette responsabilité sera engagée lorsque

le malade, ou l'homme bien portant, sur lequel l'essai aura été pratiqué, aura subi un dommage, bien que l'expert ait exécuté sa tâche avec le maximum de compétence et de diligence.

Ne pourrait-on envisager la responsabilité de l'Etat du fait d'un expert en médicament agréé par le ministre chargé de la santé publique ? Certes, peut-on l'envisager, mais en l'état actuel du droit, il ne semble pas qu'il s'agisse là d'une réalité. Nous nous souvenons, en effet, qu'il est admis que l'Etat ne garantit pas la qualité du produit pharmaceutique auquel il accorde le visa (454).

Cependant, on pourrait avancer que l'expert en médicaments nouveaux, agréé par le ministre de la santé, participant à une œuvre d'intérêt général, en vue de faire délivrer par la puissance publique un visa et une autorisation de débit à un médicament, est un collaborateur du service public de santé et qu'en cette qualité l'Etat devrait répondre de son activité dans la mesure où elle n'est pas dépourvue de tout lien avec le service de santé et où elle constitue un manquement aux règles de conscience qui s'imposent à tout médecin expert en médicaments. C'est du moins là le souhait que nous formulons.

Quoiqu'il en soit, il est prudent que les experts en médicaments s'assurent de façon que leur responsabilité soit couverte jusqu'à concurrence de sommes très importantes : c'est ce qu'ils font d'ailleurs, car ils savent que leur activité peut créer des préjudices considérables.

---

(454) Cf. *supra*, p. 193.

Réflexions sur la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui dans le secteur public.

Dès le début de notre étude, nous avions remarqué, avec M. Waline et M. Chapus (455), que la responsabilité de la puissance publique n'était que responsabilité du fait d'autrui ou du fait des choses. L'examen que nous venons de faire de la responsabilité du fait d'autrui, dans le secteur public de la médecine, n'a pu que nous confirmer dans cette opinion. En outre, cet examen nous a fait prendre conscience de l'originalité et de la diversité des manifestations de la responsabilité des collectivités publiques dans ce domaine médical en rapide et continuelle évolution.

Comme en matière de responsabilité du fait d'autrui dans le secteur privé (456), des objectifs nous ont guidé en matière de responsabilité du fait d'autrui dans le secteur public pour émettre le souhait que des modifications soient apportées au droit actuel. Ces objectifs sont au nombre de deux :

Notre premier objectif a été d'assimiler au maximum la situation du malade soigné dans le secteur public à celle du malade soigné dans le secteur privé et, pour cela, de rapprocher, le plus possible, les systèmes de protection qui leur sont accordés par le droit. C'est cet objectif qui nous a fait regretter que l'existence d'un contrat, entre l'usager du service public de santé et le service, ne soit pas admise à l'image de celui dont l'existence est admise entre le médecin et son client. C'est encore cet objectif qui nous a fait déplorer que, dans le cadre extracontractuel où sont envisagés, en l'état actuel du droit, les rapports de l'usager et du service, la responsabilité de ce dernier ne soit engagée que pour faute médicale lourde et non pour faute simple caractérisée comme l'est celle du médecin du secteur privé.

Notre second objectif a été de faire correspondre à toute initiative de la puissance publique, et à toute obligation imposée par elle, une responsabilité de droit public de nature à réparer le préjudice éventuellement causé aux citoyens par une telle intervention et à légitimer ainsi la confiance que ces citoyens mettent souvent dans les réalisations qui portent la marque des pouvoirs publics. C'est cet objectif qui nous a conduit à suggérer la responsabilité des collectivités publiques du fait de certaines activités médicales exercées sous leur égide et pour lesquelles leur responsabilité n'est cependant pas encore consacrée. N'avions-nous pas conclu, de l'étude de la responsabilité du fait d'autrui en droit commun, que le fondement essentiel de ce mécanisme était la garantie que l'on doit pour les déficiences de la tâche à laquelle on préside ? (457).

---

(455) Cf. *supra*, p. 30.
(456) Cf. *supra*, p. 159.
(457) Cf. *supra*, p. 36.

CONCLUSION

Le principe même de la responsabilité du fait d'autrui revêt, nous l'avons vu (458) au premier abord et aux yeux de celui qui n'est pas juriste, un aspect de profonde iniquité.

L'application de ce principe au domaine médical surprend encore davantage si l'on y réfléchit peu, tant l'art de soigner est, unanimement, considéré comme un « ministère » devant être accompli dans la plus totale indépendance et dans le seul respect des impératifs dictés par la conscience ; il ne devrait y avoir donc, semble-t-il, qu'une responsabilité personnelle : la responsabilité de celui qui méconnaît ces impératifs.

Et pourtant, l'étude que nous avons faite de la responsabilité, du fait de l'activité médicale d'autrui, nous démontre, s'il était nécessaire, l'ampleur que ce mécanisme prend et est appelé encore à prendre dans la médecine de l'avenir.

Faut-il déplorer cette réalité et se complaire dans les regrets que pourrait susciter l'évocation de la médecine d'autrefois ? Nous ne le pensons pas.

Si, en droit privé, la responsabilité du fait d'autrui tient une place importante dans le domaine médical, c'est parce que la médecine n'est plus un art qui s'exerce dans la solitude, mais bien dans la collaboration.

Cette évolution, lorsqu'elle est bien comprise, n'empêche pas la médecine, au contraire, de rester un art et un art libéral au sens noble du terme, et « quand on dit « médecine libérale » on fait appel à bien d'autres choses qu'à des données politiques et économiques. La médecine est « libérale » au sens où il existait au Moyen Age ou au début de la période moderne des « arts libères », c'est-à-dire des arts libres qui libéraient l'homme. Au sens le plus élevé, la médecine est ainsi ce qui doit permettre à l'homme de se libérer de lui-même... » (459)

Il n'est rien de plus enrichissant, soyons-en sûr, que d'accomplir une mission en équipe, animé par l'esprit de solidarité qui découle immanquablement de cette forme d'activité. Et cela est vrai pour tous les membres de l'équipe : certes, seul le chef est responsable et paraît

---

(458) Cf. *supra*, p. 14.

(459) « Où va la jeune médecine ? » par P. Miguel. *Revue Politique et parlementaire*, n° de nov. 1962, p. 34.

ainsi supporter, seul, les inconvénients de cette évolution de la pratique médicale, mais il a les satisfactions profondes de l'organisateur et du meneur d'hommes, tandis que ceux qui collaborent avec lui le font avec enthousiasme, guidés par un « patron » qu'ils ont choisi pour sa valeur humaine et ses connaissances scientifiques.

Il ne faut pas oublier, toutefois, que cette médecine d'équipe se devra d'éviter deux écueils graves : la dépersonnalisation des rapports médecin-malade et l'abdication d'indépendance que pourraient consentir certains membres du corps médical entre les mains de certains de leurs confrères. Les juristes doivent collaborer avec les médecins de façon que, ni en droit, ni en fait, la médecine ne se heurte à ces écueils.

Le rappel constant des règles de la responsabilité du fait d'autrui, en droit commun, permettra au juristes de mener à bien cette tâche, en ce sens qu'un praticien ne pourra répondre de l'activité d'un autre que dans la mesure où il aura confié à celui-ci l'accomplissement d'une obligation qu'il avait assumée lui-même envers le malade, jamais dans la mesure où il aura autorité sur son confrère, car cette autorité serait aussi immorale qu'illégale.

Dans le secteur public, regretter le développement de la responsabilité du fait d'autrui serait regretter, de façon générale, l'intervention de la puissance publique qui se manifeste tous les jours davantage dans le domaine médical. Ce serait là une erreur car les techniques modernes requièrent, sans conteste, pour être au service de tous, des capitaux d'une très grande importance en dehors de tout souci de rentabilité. Or, il est bien évident que, seules, les collectivités publiques peuvent procurer de tels financements qui entraînent forcément leur contrôle et leur immixtion.

Pour que, même dans ce cadre public, la médecine reste un art libéral au sens où nous l'avons défini avec M. Miquel, il faut que, malgré ce contrôle et cette immixtion inévitables, les médecins et la puissance publique puissent collaborer sans arrière pensée au soulagement de la souffrance, dans le plus grand respect de la dignité de l'homme, patient et praticien.

Si ces deux objectifs ne sont jamais perdus de vue, ni par les juristes, ni par les médecins, ni non plus par les pouvoirs publics, la médecine moderne restera une médecine libérale : il n'y aura pas à distinguer, dans leur valeur et leur efficacité, médecine privée et médecine publique (460) ; il n'y aura pas à redouter l'avenir.

---

(460) Cf. R. Savatier : « Les métamorphoses de la médecine hospitalière dans leurs modernes expressions juridiques. » *Droit social*, 1962, p. 481 : « La vocation de la médecine est d'être, à la fois, un colloque intime et un service public. Tout acte médical est un contact humain, même dans un établissement hospitalier public. Et, d'autre part, tout médecin privé œuvre pour les besoins généraux de la santé publique, même dans un établissement hospitalier libre. Cela rapproche les hôpitaux publics et privés. »

BIBLIOGRAPHIE

I. — REPERTOIRES ET OUVRAGES GENERAUX

— Encyclopédie Dalloz :

Répertoire de Droit Civil :
principalement Vis. « Médecine » — Responsabilité » — « Responsabilité du fait d'autrui. »

Répertoire de Droit Public et Administratif :
principalement Vis. « Hospices, Hôpitaux » — « Médecine » — « Responsabilité de la puissance publique. »

— Juris-Classeur Civil — 3 vol. :

Responsabilité civile, t. I : Responsabilité contractuelle.

Responsabilité du fait d'autrui, t. III, Responsabilités particulières : responsabilité médicale.

— Juris-Classeur Administratif :

Fascicules : « Hospices-Hôpitaux. »

« Responsabilité de la puissance publique. »

Auby (J.-M.) & Drago (R.). — *Traité de contentieux administratif* (1962).

Duguit. — *Traité de Droit Constitutionnel* (3e éd.), t. II : la théorie générale de l'Etat.

Hauriou. — *Principes de Droit Public* (1910).

Jèze (G.). — *Les principes généraux du droit administratif* (3e éd.).

Marty (G.) et Raynaud (P.). — *Droit Civil,* t. II, 1er vol. (1962).

Mazeaud (H. L. & J.). — *Leçons de Droit Civil* (t. II — Obligations, 1956).

Odent. — Contentieux administratif (Cours à l'Institut d'Etudes Politiques 1957-1958).

Planiol (M.) et Ripert (G.). — *Traité pratique de Droit Civil français,* t. VI, par Esmein (P.), « Obligations » (1952).

Ripert (G.) et Boulanger, (J.). — *Traité de Droit Civil,* (t. II, Obligations, 1957).

Rouast et Durand. — *Précis de Droit du Travail* (Dalloz, 1957).

Waline (M.). — *Droit administratif* (9e éd., 1963).

II. — OUVRAGES, CHRONIQUES ET NOTES SUR LA RESPONSABILITE EN GENERAL, SUR L'ACTIVITE ET LA RESPONSABILITE MEDICALES

Arrighi de Casanova. — Responsabilité médicale et droit commun de la responsabilité civile (*Thèse*, Aix, 1946).

Baclin. — Le risque professionnel médical et sa garantie (*Thèse*, Paris, 1931).

Bardoul (Jacques). — Les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques (*Thèse*, Paris, 1950).

Becque. — Responsabilité contractuelle du fait d'autrui (*Rev. trim. Droit civil*, 1914, pp. 151 à 320).

Benoit (F.-P.). — La responsabilité du service et la responsabilité personnelle des agents non fonctionnaires des services publics hospitaliers et d'assistance (*Chron. D.* 1951, p. 49 et s.).

Besserve. — De quelques difficultés soulevées par le contrat médical (J.C.P., 1956.I. 1309).

Biot. — *Malaise du Monde Médical* (Concours Méd., 24 avril 1954, p. 1761).

Boudin (Paul). — Responsabilité du remplacé pour les actes professionnels du remplaçant (Concours Méd., 14 février 1937).
L'étendue de la responsabilité du Médecin-chef d'un hôpital (*Rev. des hôpitaux*, 1930, p. 356).
Responsabilité professionnelle du corps médical et de l'administration des hôpitaux publics (*Sem. Jur.*, 1937.I.18).

Buzit. — Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux administratifs et judiciaires (*Thèse*, Rennes, 1940).

Cadart (J.). — Les tribunaux judiciaires et la notion de service public (*Thèse*, Lyon, 1954).

Caillol-Borgeaud (E.). — La situation juridique de l'infirmière (*Thèse*, Aix, 1936).

Chapus (R.). — Responsabilité publique et responsabilité privée (*Thèse*, Paris, 1952).

Crépeau. — Responsabilité civile des médecins et de l'établissement hospitalier.
Etude comparée des droits français, anglais et québecois (*Thèse*, Paris, 1955).

Duchesne. — Le remplaçant exerce sous sa seule responsabilité (Concours médical, 15 avril 1934).

Duez. — La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat (1938).

Duflo. — La responsabilité civile des médecins à la lumière d'une jurisprudence récente (*Thèse*, Paris, 1937).

Eisenmann (Ch.). — Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques, J.C.P., 1949.I.742 et 751.

Flour. — Les rapports de commettants à préposés dans l'art. 1384 C. civ. (*Thèse*, Caen, 1933).

Georgel. — Etude juridique des cliniques privées non gratuites (*Thèse*, Rennes, 1925).

Gignoux (Dr Charles). — Responsabilité des médecins et chirurgiens des hôpitaux publics d'après les tribunaux judiciaires (*La Presse Médicale*, 1957, p. 97).
Responsabilité des médecins et chirurgiens des hôpitaux d'après les tribunaux administratifs (*La Presse Médicale*, 1957, p. 141).
Responsabilité des médecins chirurgiens des hôpitaux publics d'après les principes du droit positif (*La Presse Médicale*, 1957, p. 173).
Problèmes médicaux-légaux posés par la médecine du travail (à paraître).

De l'autorisation susceptible d'être donnée au personnel complémentaire de bord de délivrer des médicaments et de donner des soins aux passagers à bord des avions (à paraître).
Contrôle des congés de fonctionnaires (à paraître).

GIGNOUX (Dr Ch.) & FOURNIER (Prof. E.). — Responsabilité des internes en médecine des hôpitaux publics (in : l'hôpital et l'aide sociale à Paris, n° 13, p. 61 et n° 14, p. 210).

HUSSON (Léon). — Les transformations de la responsabilité.
Etude sur la pensée juridique. (Bibliothèque de philosophie contemporaine, P.U.F., 1947).

JOLY (A.). — Sociétés et associations de médecins (D. 1953. Chron., p. 141).

JUGLART (M. de). — Sur la nature délictuelle de l'action de la famille de celui qui est décédé dans un accident survenu par le fait de la mauvaise exécution d'un contrat : notes sous :
Paris, 1re Ch., 11 déc. 1952, J.C.P., 1953.II.7650.
Trib. Com. Seine, 4e Ch., 12 janv. 1954, J.C.P., 1954.II.8061.
Paris, 1re Ch., 25 fév. 1954, J.C.P., 1954.II.8041.
Paris, 1re Ch., 1er déc. 1954, J.C.P., 1955.II.8626.
Bordeaux 1re Ch., 10 nov. 1954, J.C.P., 1955.II.8514.
Trib. civ. Seine, 1re Ch., 24 juin 1955, J.C.P., 1955.11. 8900.
Paris, 1re Ch. 4 juil. 1956, J.C.P., 1956.II.9453.
Cass. civ. 2e, 23 janv. 1959 (2 arrêts), J.C.P., 1959.II.11002.

KORNPROBST. — *La responsabilité médicale* — Origines, fondement et limites (1946).

LALOU (H.). — *Traité pratique de la responsabilité civile* (6e éd.).

LAUBADÈRE. — Eléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration (in *Evolution du Droit public*, Sirey, 1956, pp. 383-394).

LEPOINTE. — La responsabilité du médecin d'entreprise (Annales de Médecine légale, 1943, p. 105).

LIET-VEAUX. — Note à l'occasion de l'arrêt du Trib. des Conflits, 25 mars 1957. (Issard-Slimane) sur responsabilité des hôpitaux publics (*Rev. adm.*, 1957, p. 247).

MAZEAUD (H. & L.) & TUNC (A.). — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle (5e éd.).

MAZEAUD (H. & L.). — Note sur la jurisprudence relative à la responsabilité des cliniques (*Rev. trim. Droit Civil*, 1946, p. 226).

MAZEN. — Essai sur la responsabilité civile des médecins (*Thèse*, Grenoble, 1934).

MIGNON (Maxime). — Fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens (D., 1950, *Chron.*, p. 121).

NAST. — Nature juridique de la responsabilité des médecins et chirurgiens (*Sem. jur.*, 1941.1.203).

NORDWANN. — Le contrat d'opération chirurgicale (*Thèse*, Paris, 1939).

ORDRE NATIONAL DES MÉDECINS. — *Guide Pratique d'exercice professionnel à l'usage des médecins* (3e éd., 1956).

PAILLARD (Dr). — Petite histoire des médecins de paquebots (Courrier des *Messageries Maritimes*, nov.-déc. 1961).
Les médecins au temps de la marine à voile (Courrier des *Messageries Maritimes*, sept.-oct. 1961).

PEYTEL. — Responsabilité des chirurgiens du fait d'autrui (*Vie Médicale*, 10 juin 1945, p. 121).
La responsabilité des médecins : essai de mise au point (*Gaz. Pal.*, 1940, *Doctrine*, p. 48 et 63).

PRÉVOT. — La responsabilité des établissements publics hospitaliers (*Thèse*, Strasbourg, 1937).

PUISOYE (J.). — Responsabilité de l'Etat et de ses agents dans l'exécution du service public de santé (*Rev. prat. Dr. adm.*, 1961, p. 1).

RAUZY. — Les obligations du médecin (*Thèse*, Paris, 1938).

ROBERT (J.). — Les conditions de la responsabilité de l'administration hospitalière envers les malades : les solutions traditionnelles et les ouvertures au progrès. Note sous C.E., 26 juin 1959. (D. 1960.J.112).

RODET (Blanche). — La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence actuelle (*Thèse*, Lyon, 1937).

RODIÈRE. — Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? (D. 1952 *Chron.*, p. 79).

ROUAST. — Problème de l'inexécution du contrat et aperçu des intérêts qu'il met en jeu (*Cours de doct.* Fac. de Paris, 1941-1942, polycopié, pp. 196 à 207).

SAVATIER (R. et J.), AUBY et PÉQUIGNOT. — *Traité de Droit Médical* (1956).

SAVATIER (R.). — *Traité de la responsabilité civile en droit français* (2e éd.). — Nature de la responsabilité médicale (*Gaz. Pal.*, 1939. *Doctrine*, p. 23).
« De sanguine jus » (D. 1954, *Chron.*, p. 141).

SAVATIER (J.). — (Publié sous la direction de) :
Transformations des structures de la profession médicale (*Droit Social*, sept.-oct. 1962).

SOAREC. — La responsabilité contractuelle pour autrui. (*Thèse*, Paris, 1932).

TOULEMON. — Responsabilité dans la chirurgie esthétique (S. 1962, *Chron.*, p. 13).

VEDEL. — Note sur l'application des règles de la responsabilité de la puissance publique par les tribunaux judiciaires, sous Trib. Civ. Seine, 5 déc. 1952 (J.C.P., 1953.II.737).

VERDUN (H.). — Responsabilité des médecins du fait de leurs auxiliaires (*Annales de médecine légale*, février 1934).
Contribution à l'étude de la responsabilité médicale du fait des choses (*Annales de Médecine légale*, février 1935, p. 229).

WALINE (M.). Note à l'occasion arrêt C.E., 3 décembre 1958 (Boutin), sur responsabilité des hôpitaux publics (*Rev. Droit Public*, 1959, p. 756).

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

I. — Transformation de la profession médicale à l'époque contemporaine : « de l'artisanat à l'association » 9

II. — La profession médicale et les règles générales du droit privé de la responsabilité du fait d'autrui 12

III. — La profession médicale exercée dans le cadre du service public et les règles générales du droit administratif impliquant la responsabilité du fait d'autrui 29

PREMIERE PARTIE

RESPONSABILITE DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI DANS LE SECTEUR PRIVE

Titre Premier

RESPONSABILITE DES MEDECINS DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI

Chapitre Premier. — Responsabilité *contractuelle* des médecins du fait de l'activité médicale d'autrui 43

Section I. — Etendue de l'obligation contractée par le médecin à l'égard du malade 43

Section II. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale des personnes qu'il a introduites dans l'exécution de son obligation 51

Sous-section I. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale d'un médecin 52

§ 1. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale d'un remplaçant 53

§ 2. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale d'un assistant-médecin 60

§ 3. — Responsabilité des cliniques à direction médicale du fait des médecins qui y exercent .. 69

§ 4. — Responsabilité du médecin du fait d'un associé 75

LE POINT DE VUE DES MÉDECINS SUR LEUR RESPONSABILITÉ DU FAIT D'UN CONFRÈRE ET LES CRITIQUES QU'IL ENCOURT 76

Sous-Section II. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale d'un non-médecin 77

§ 1. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale d'un étudiant en médecine 78

§ 2. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale du personnel infirmier 80

— De celui qui l'assiste à son cabinet 81

— De celui qui soigne un malade à domicile .. 81

— De celui attaché à la clinique où il pratique ou qu'il exploite 83

§ 3. — Responsabilité du médecin du fait de l'activité médicale de personnes dépourvues de toute qualification pour soigner 92

LE POINT DE VUE DES MÉDECINS SUR LEUR RESPONSABILITÉ DU FAIT D'UN NON-MÉDECIN ET LES CRITIQUES QU'IL ENCOURT 95

Section III. — Recours du responsable contre l'auteur du dommage. Validité des clauses de non-responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui. Assurance de la responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui 96

CHAPITRE II. — Responsabilité *extracontractuelle* du fait de l'activité médicale d'autrui 101

Section I. — Détermination des cas dans lesquels il ne peut être fait appel à la responsabilité médicale contractuelle. 101

Section II. — Mécanisme de la responsabilité extra-contractuelle des médecins du fait de l'activité médicale d'autrui 115

Sous-Section I. — Responsabilité quasi-contractuelle des médecins du fait de l'activité médicale d'autrui .. 115

Sous-Section II. — Responsabilité délictuelle des médecins du fait de l'activité médicale d'autrui 118

§ 1. — Responsabilité délictuelle des médecins du fait de l'activité médicale de leurs confrères .. 119

§ 2. — Responsabilité délictuelle des médecins du fait de l'activité médicale de non-médecins .. 120

— Qui, de la clinique ou du médecin traitant, est le commettant du personnel infirmier de la clinique.

— Qui, de la famille ou du médecin, est le commettant de l'infirmière choisie par la famille et qui assiste le médecin au domicile du malade.

— Responsabilité délictuelle des médecins du de l'activité médicale de personnes dépourvues de toute qualification pour le soigner.

LE POINT DE VUE DES MÉDECINS SUR LEUR RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI 130

Section III. — Recours du responsable contre l'auteur du dommage. Assurance de la responsabilité délictuelle du fait de l'activité médicale d'autrui .....

TITRE DEUXIÈME

RESPONSABILITE DES PROFANES DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI

CHAPITRE PREMIER. — Responsabilité des cliniques à direction non-médicale du fait de l'activité médicale d'autrui 135

CHAPITRE- II. — Responsabilité des associations et sociétés de médecins du fait de leurs membres et de leur personnel 137

CHAPITRE III. — Responsabilité des particuliers du fait de l'activité médicale des infirmières qu'ils ont choisies pour les soigner à domicile 141

CHAPITRE IV. — Responsabilité des entreprises du fait du médecin du travail et des infirmières du travail 143

CHAPITRE V. — Responsabilité des compagnies de navigation et des compagnies aériennes du fait de leurs médecins et de tout le personnel soignant 153

Section I. — Responsabilité des compagnies de navigation .. 153

Section II. — Responsabilité des compagnies aériennes 158

RÉFLEXIONS SUR LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI DANS LE SECTEUR PRIVÉ 159

DEUXIEME PARTIE

RESPONSABILITE DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI DANS LE SECTEUR PUBLIC

TITRE PREMIER

RESPONSABILITE DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI DANS LE SERVICE PUBLIC DE SANTE HOSPITALIER

CHAPITRE PREMIER. — Responsabilité de la puissance publique

du fait de l'activité médicale d'autrui dans le service hospitalier 169

CHAPITRE II. — Y a-t-il place, dans le cadre du service public hospitalier, pour la responsabilité d'un agent du service du fait de l'activité médicale d'autres agents 181

TITRE DEUXIÈME

RESPONSABILITE DU FAIT DE L'ACTIVITE MEDICALE D'AUTRUI DANS LE SERVICE PUBLIC DE SANTE EXTRA-HOSPITALIER

CHAPITRE PREMIER. — Responsabilité du fait d'autrui dans l'accomplissement des activités de la transfusion sanguine et des activités de la lutte contre le cancer 190

CHAPITRE II. — Responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui dans l'accomplissement du service de vaccination .. 197

CHAPITRE III. — Responsabilité du fait d'autrui dans les activité des services de dépistage des maladies et de contrôle médical des maladies 203

CHAPITRE IV. — Responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui dans le domaine de l'expertise judiciaire 211

CHAPITRE V. — Responsabilité du fait de l'activité médicale d'autrui dans le domaine de l'expertise en médicaments nouveaux 215

RÉFLEXIONS SUR LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE D'AUTRUI DANS LE SECTEUR PUBLIC 222

CONCLUSION 223

BIBLIOGRAPHIE 225

Vu :
Le Président
Signé : M. de Juglart

Vu :
Le Doyen
Signé : G. Vedel

Vu et permis d'imprimer :
Paris, le 8 mars 1963
Le Recteur de l'Académie
Signé : J. Roche

Imprimerie Hérissey — Évreux

3e Trimestre 1964 — N° Ed. 964